This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

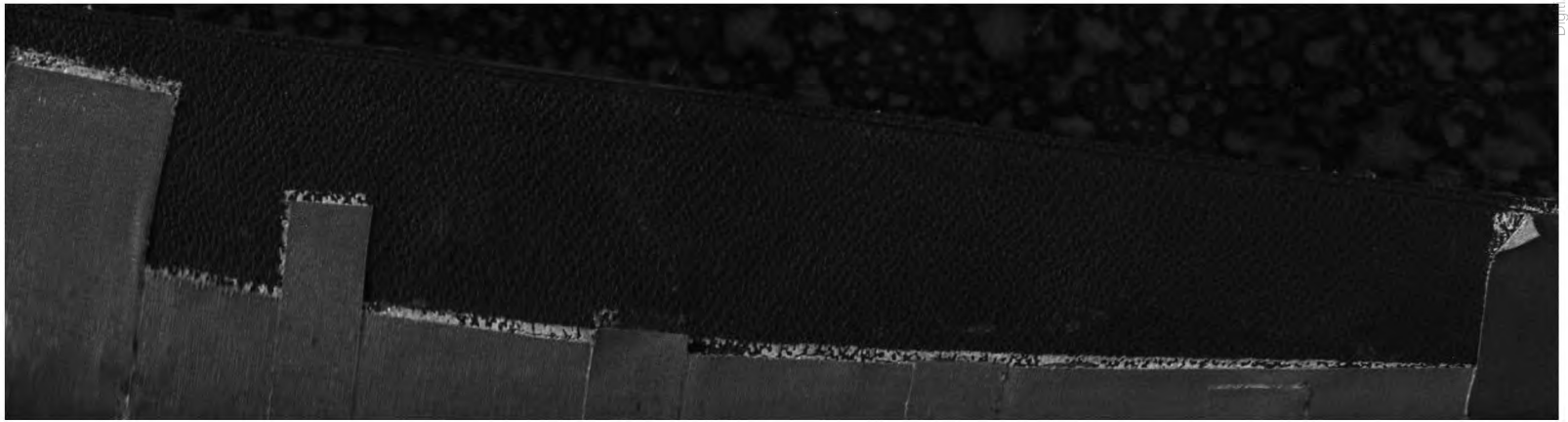
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`



Digitized by Google

1.00

Bd. Dec. 1906

HARVARD LAW LIBRARY

Received June 22, 1906

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Fuchsberger's Entscheidungen.

VII.

Reichscivilprozeß-Ordnung.

Digitized by Google

Die Entscheidungen

des

Deutschen

Reichsoberhandels- u. Reichsgerichts

in einem Bande

von

Otto Fuchsberger,

Königl. bayer. Landgerichtsrath, Ritter ꝛc. ꝛc.

Siebenter Theil.

Die Reichscivilprozeß-Ordnung.

Verlag von Emil Roth in Gießen.

1889.

Digitized by Google

Die
Reichscivilproceß-Ordnung

Sämmtliche Entscheidungen
des
Reichsgerichts
sowie
die wichtigsten Entscheidungen des bayer. obersten Landesgerichts und der sämmtlichen deutschen Oberlandesgerichte.

Nebst vollständigem Gesetzestext und General-Register.

Von
Otto Fuchsberger,
Königl. Landgerichtsrath, Ritter ꝛc. ꝛc.

Verlag von Emil Roth in Gießen.
1889.

Digitized by Google

Abkürzungen.

A. = Annalen des Reichsgerichts, herausgegeben von Dr. Hans Blum, Rechtsanwalt am Landgericht in Leipzig.

R. A. = Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichtes in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern der Reichsanwaltschaft.

R. A. bes. Beil. = Deutscher Reichsanzeiger.

R. C. = Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.

R. G. = Reichsgerichtliche Entscheidung.

R. H. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, herausgegeben von den Räthen des Gerichtshofes.

R. O. H. G. = Reichsoberhandelsgerichtliche Entscheidungen.

B. O. L. = Entscheidungen des obersten Landgerichtes für Bayern.

R. St. = Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.

S. = Sammlung von Entscheidungen des obersten Landesgerichtes für Bayern in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses.

S. A. = J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (die Bände sind nach der ganzen Reihe und bezw. neuen Folge angegeben).

U. u. A. = Urtheile und Annalen des Reichsgerichts in Civilsachen von Dr. Hans Blum.

Rec. June 22, 1906

Brühl'sche Druckerei (Fr. Chr. Pietsch) in Gießen.

Digitized by Google

Vorwort.

Der Zweck, den ich mit meiner Sammlung der Entscheidungen des Reichs-Ober-Handelsgerichts und des Reichsgerichts bisher verfolgte, war der, diese in so überaus großer Anzahl erschienenen Entscheidungen zu den einschlägigen Artikeln und Paragraphen der verschiedenen Gesetze behufs deren Anwendung im Sinne höchstrichterlicher Praxis zusammenzustellen, und hier, wo es bei dem Umfange des Materials nothwendig erschien, in systematischer Ordnung übersichtlich und auf leichte Weise zugängig zu machen. Nach der Aufnahme, deren sich mein Werk bisher zu erfreuen hatte, zu schließen, glaube ich den Anforderungen, die man an ein solches Sammelwerk stellt, gerecht geworden zu sein und somit bei den bisher behandelten Gesetzen den von mir beabsichtigten Zweck erreicht zu haben. Wenn aber bei der Civilprozeßordnung das Gleiche erzielt werden soll, was von mir bisher bei den anderen Gesetzen angestrebt worden war, so reicht eine Behandlung der reichsgerichtlichen Entscheidungen allein nicht mehr aus, denn durch diese oberstrichterliche Praxis des Reichsgerichts wird nur ein kleiner Theil der Fragen erledigt, welcher die praktische Handhabung der Civilprozeßordnung täglich neu erzeugt. Nicht nur der in das Belieben der Prozeßparteien gestellte Gebrauch der gestellten Rechtsmittel, sondern auch die durch das Gesetz für die Zulässigkeit sowohl der Revision wie der weiteren Beschwerde aufgestellte Beschränkung, schließt bei weitem die meisten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von der reichsgerichtlichen Kognition überhaupt aus. Es müssen also zur Erreichung obigen Zweckes auch noch die Entscheidungen anderer Gerichtshöfe herangezogen und auf gleiche Weise behandelt werden, und dies ist von mir in der Art geschehen, daß ich, wie die Entscheidungen des Reichsgerichts, so auch das durch die Praxis des bayrischen obersten Landesgerichtes und der sämmtlichen deutschen Oberlandesgerichte gebotene Material der gleichen Behandlung unterzog. — Aber auch noch nach einer anderen Richtung hin habe ich der Bearbeitung des Civilprozesses eine Ausdehnung gegeben, die, wie ich nicht

Digitized by Google

zweifle, günstig aufgenommen werden wird. Ich habe nämlich zu den jeweils einschlägigen Gesetzesparagraphen die verschiedenen Entscheidungen derjenigen Gesetze mitbearbeitet, welche mit der Civilprozeßordnung in vielfacher Beziehung in Verbindung stehen; es sind dies das Einführungsgesetz zur Reichs-Civilprozeßordnung, einschlägige Bestimmungen des Reichsgerichtsverfassungsgesetzes, das Reichsgerichtskostengesetz, das Gesetz über die Gebührenordnung für Rechtsanwälte und die Rechtsanwaltsordnung. Schließlich will ich nur noch besonders hervorheben, daß einigemal die gleichen oder auch verschiedene Entscheidungen über eine und dieselbe Rechtsfrage angeführt sind. Es geschah dies absichtlich und zu dem Zwecke, um die verschiedenen Motivirungen dieser Entscheidungen, sei es desselben Gerichts oder verschiedener Gerichte, bei deren praktischer Anwendung behufs eigener Prüfung und Beurtheilung neben einander oder einander gegenüber zu stellen.

Ich glaube also auch hiermit dem praktischen Juristen einen guten Dienst gethan zu haben, wenigstens ist dies mein Wunsch und mein Streben.

Bayreuth, Oktober 1889.

Otto Fuchsberger.
Landgerichtsrath.

Digitized by Google

I. Gesetz

betreffend die

Einführung der Reichscivilprozeßordnung.

Vom 30. Januar 1877.

(R. G. Bl. 1877 S. 244.)

---

§ 1. **§ 1.**

Die Civilprozeßordnung tritt im ganzen Umfange des Reichs gleichzeitig mit dem Gerichtsverfassungsgesetz in Kraft.

Prozeßgesetze sind der Regel nach sofort anwendbar; der nach dem Beginn des Prozesses eintretende Wechsel des Gesetzes hat die sofortige Anwendbarkeit des neuen Rechtes auf alle zukünftigen Handlungen und Vorgänge zur Folge, soweit nicht reine Rechtswirkungen der vergangenen Handlungen in Frage kommen. (Vgl. Wach, Handbuch des Civilprozesses Bd. 1, S. 210). **Vereinigte Civilsenate.** Beschl. v. 10. Juni 1886. R. C. XVI. (99.) 398.

§ 2. **§ 2.**

Das Kostenwesen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten wird für den ganzen Umfang des Reichs durch eine Gebührenordnung geregelt.

G. K. G. vom 18. Juni 1878. Novelle vom 29. Juni 1881. — Gebührenordn. für Gerichtsvollzieher vom 24. Juni 1878 — für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 — für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878.

§ 3. **§ 3.**

Die Civilprozeßordnung findet auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Anwendung, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören.

Insoweit die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, durch die Landesgesetzgebung den ordentlichen Gerichten übertragen wird, kann dieselbe ein abweichendes Verfahren gestatten.

G. V. G. § 14 Nr. 3, E. G. z. G. V. G. § 3.

1. Ueber den Begriff **„bürgerliche Rechtsstreitigkeiten"** s. größere Abhandlung (R. G. 2. II. 84) A. IX. (134) 541 f.

2. **Das Verfahren, welches nach § 35 des Reichsgesetzes, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, vom 4. Juli 1868 wegen Auflösung der Genossenschaft stattfindet, ist ein civilprozessuales, kein Strafverfahren.** Dies ergibt sich schon aus der Bestimmung des zweiten Absatzes. Darnach ist das Gericht für zuständig erklärt, bei welchem die Genossenschaft ihren ordentlichen Gerichtsstand hat, als diejenige Behörde, vor welcher sie verklagt werden kann (§ 11 Abs. 1. 2). Die höhere Verwaltungsbehörde, auf deren Betreiben die Auflösung erfolgen soll, nimmt dabei die Parteistellung des Klägers ein. Durch die Auflösungsklage des § 35 a. a. O. wird somit, mögen immerhin die gesetzlichen Auflösungsgründe dem öffentlichen Rechte entnommen sein, ein bürgerlicher Rechtsstreit eröffnet, welchen § 13 des G. V. G.

Digitized by Google

vor die ordentlichen Gerichte verweist. **Auf solche Rechtsstreitigkeiten findet** aber **die Civilprozeßordnung Anwendung** (§ 3 des Einf. Ges. zur C. P. O.). Die Vorschriften der Civilprozeßordnung sind dabei durchgängig zu beachten. Abweichungen im Einzelnen gestattet das Gesetz nicht, und daraus folgt ohne weiteres, daß auch die höhere Verwaltungsbehörde sich vor den Landgerichten wie vor allen Gerichten höherer Instanz durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen muß (§ 74 Abs. 1 der C. P. O.). Die Stellung eines Staatsanwaltes ist der höheren Verwaltungsbehörde nicht eingeräumt, die Staatsanwaltschaft auch nicht etwa mit deren Vertretung beauftragt worden. Von einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften in § 586 der C. P. O. könnte darum nicht die Rede sein. (R. G. 26. VI. 85) R. C. XIV. (11) 29. 30.

3. Die örtliche Zuständigkeit zu Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, daher auch zur Ausstellung von Erbbescheinigungen ist nicht nach den Bestimmungen der C. P. O., sondern im Gebiete der A. G. O. nach I. 2. §§ 9—11 und 16 derselben zu beurtheilen. Beschl. d. Kammergerichts vom 29. XII. 80. Johow u. Küntzel, Jahrbuch II. S. 30.

4. **Die Vorschriften der Civilprozeßordnung finden nicht Anwendung, wenn es sich um die Homologation einer gerichtlichen Theilung handelt, über welche unter den Betheiligten kein Streit besteht.** Die Civilprozeßordnung findet in Gemäßheit der §§ 12. 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes, des § 2 des Einführungsgesetzes hierzu und des § 3 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung nur auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, mithin auf keinen Akt der vorliegenden Art Anwendung, durch welchen kein Streit entschieden, sondern nur im Interesse dabei betheiligter Minderjähriger eine allerseits anerkannte notarielle Theilung bestätigt wird. Hieran ändert nichts, daß nach Art. 966 fg. der rheinischen Civilprozeßordnung und dem Gesetze vom 18. April 1855 über das Verfahren bei Theilungen ꝛc. die gerichtliche Theilung in den Fällen der Art. 823. 838 des bürgerlichen Gesetzbuches vor die Gerichte verwiesen und in den Art. 981. 982 der rheinischen Civilprozeßordnung von einem Bestätigungsurtheile die Rede ist; denn ein Urtheil im eigentlichen Sinne liegt doch nur vor, wenn unter den Parteien ein Streit obgewaltet hat; ohne einen Streit ist die Bestätigung nur ein Akt der den Gerichten übertragenen Obervormundschaft, also der freiwilligen Gerichtsbarkeit. (Vgl. Carré-Chauveau, Lois de la procédure 4. Ausg. Bd. 5 T. II. S. 1589—90; vgl. auch Berriat-St.-Prix, Cours de procédure civile S. 278 Note 15 und S. 755 Note 1 a. Néanmoins si le jugement ne contient qu'une homologation de pure forme et donnée sans contradiction des parties ou de leurs représentants (par exemple, sur une simple requête), ou sans les avoir appelés, comme ce n'est alors qu'un acte de jurisdiction gracieuse, on peut, en procédant par voie contentieuse le faire annuller ou révoquer par le tribunal même qui l'a rendu. — Ferner Aubry et Rau, Bd. 6 § 769 Text zu Note 5). (R. G. 20. XI. 83) R. C. X. (85) 294. 295. A. IX. (37) 174.

5. **Das Uebergebotsverfahren nach freiwilligen Veräußerungen im Gebiete des rheinischen Rechts** (code civil Art. 2183 ff. und Gesetz vom

Digitized by Google

18. April 1855) trägt alle wesentlichen Merkmale eines bürgerlichen Rechtsstreites an sich, und müssen deshalb dabei nach §§ 3 und 14 des Einf. Ges. zur R. C. P. O. die Vorschriften der R. C. P. O. zur Anwendung kommen. (R. G. 19. X. 83) R. C. X. (90) 306.

§ 4. § 4.

Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, für welche nach dem Gegenstand oder der Art des Anspruchs der Rechtsweg zulässig ist, darf aus dem Grunde, weil als Partei der Fiskus, eine Gemeinde oder eine andere öffentliche Korporation betheiligt ist, der Rechtsweg durch die Landesgesetzgebung nicht ausgeschlossen werden.

1. **Nach der Terminologie der Reichsjustizgesetze ist unter der Landesgesetzgebung im § 4 des Einf. Ges. zur C. P. O. gemeinrechtlich auch ein Landesgewohnheitsrecht, ein Herkommen zu verstehen.** (R. G. 24./31. I. 87) R. A. IX. (36) 87. R. St. XV. (100) 323 f.

2. Unter **Ausschließung des Rechtsweges** ist nach dem dem Wortsinne entsprechenden juristischen Sprachgebrauche die vollständige Fernhaltung der ordentlichen Gerichte von den fraglichen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und die gänzliche Uebertragung derselben auf Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte zu verstehen. Eine bloße Beschränkung oder Erschwerung des Rechtsweges, wonach der Rechtsweg nur unter gewissen Maßgaben oder Voraussetzungen zulässig ist, fällt nicht darunter; der Rechtsweg wird dadurch nicht versagt. Für diese Auslegung spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 4. — (R. G. 24./31. I. 87) R. A. IX. (36) 87. R. St. XV. (100) 323 f.

3. Die Landesgesetzgebung ist allerdings durch die in § 4 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung enthaltene Vorschrift insoweit beschränkt worden, als hiernach für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, für welche nach dem Gegenstande oder der Art des Anspruches **der Rechtsweg** zulässig ist, derselbe **nicht aus dem Grunde ausgeschlossen** werden darf, **weil als Partei des Fiskus, eine Gemeinde oder eine andere öffentliche Corporation betheiligt ist. Aber diese Vorschrift, welche als eine Ausnahmebestimmung eine ausdehnende Auslegung nicht zuläßt, vielmehr streng auf den ihr gegebenen Umfang zu beschränken ist, entzieht der Landesgesetzgebung nur das Recht, für die in Frage stehenden Rechtsstreitigkeiten den Rechtsweg auszuschließen, d. h. den Parteien die Anrufung der Gerichte zu versagen.** Soweit diese Schranke eingehalten wurde, sind die Vorschriften der Landesgesetze in Kraft geblieben oder haben (wie Art. 2 des bayerischen Ausführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung) ungeachtet des § 4 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung Geltung erlangt. Der Umstand, daß die Partei genöthigt ist, sich zunächst an die Verwaltungsbehörden zu wenden und daß dadurch die Anrufung der Gerichte etwas verzögert oder erschwert wird, genügt nicht, um einer landesgesetzlichen Vorschrift ihre Wirksamkeit zu entziehen, denn die Reichsgesetzgebung schreibt nicht vor, daß in den unter § 4 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung fallenden Rechtsstreitigkeiten jede Thätigkeit der Verwaltungsbehörden ausgeschlossen sei, sondern nur, daß der Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden dürfe. Eine solche Ausschließung oder Versagung des Rechtsweges ist aber nicht ohne weiteres in einer Bestimmung zu finden, nach welcher die Klage erst nach Erfüllung bestimmter Bedingungen erhoben werden kann. Insbesondere kann nicht

Digitized by Google

behauptet werden, daß durch eine Vorschrift, nach welcher sich der Kläger ohne weiteres an die Gerichte wenden darf, wenn er nicht innerhalb Monatsfrist einen Bescheid erhält, der Rechtsweg ausgeschlossen sei. Für diese aus dem Wortlaute des Gesetzes sich ergebende Auffassung, welche in der Rechtslehre die herrschende ist (vgl. hierzu Wilmowsky-Levy, Seuffert und Gaupp zu § 4 des Einführungsgesetzes zur C. P. O.; Wach, Handbuch Bd. 1 S. 92. 113; Hauser, Zeitschr. für Reichs- und Landesrecht Bd. 4 S. 58 ff. 242. 266; Turnau, Justizverfassung in Preußen S. 110; Samml. der in Elsaß-Lothringen geltenden Gesetze Bd. 2 S. 42. 511; A. M. ist Meyer, Franz, Verwaltungsrecht S. 397 Anm. 12), spricht auch die Entstehungsgeschichte der in Frage stehenden Vorschrift. (R. G. 8. II. 87.) S. hierüber R. C. XVII. (104) 417—419.

4. Ueber die Frage, **ob mit § 4 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung jene landesgesetzlichen Vorschriften verträglich sind, nach welchen derjenige, welcher gegen die Staatskasse eine Klage erheben will, sich vorher mit einer Eingabe an die Verwaltung zu wenden und seinen Anspruch mitzutheilen hat**, s. (R. G. 8. II. 87) R. C. XVII. (104 416).

5. **Das Recht der Verwaltungsbehörden, unbestrittene Forderungen des Fiskus aus privatrechtlichen Titeln selbst zur Execution zu bringen, ist durch § 4 des Einf. Ges. zur C. P. O. nicht ausgeschlossen.** (R. G. 24./31. I. 87) R. A. IX. (36) 85. R. St. XV. (100) 323 f.

§ 5.

§ 5.

In Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern finden die Bestimmungen der Civilprozeßordnung nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten. Für vermögensrechtliche Ansprüche Dritter darf jedoch die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht von der Einwilligung des Landesherrn abhängig gemacht werden.

Einf. G. zum D. G. V. G. § 5. C. P. O. §§ 196. 340. 441. 444.

1. Nach § 5 des Einführungsgesetzes zum G. V. G. finden in Ansehung der Landesherren die Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten. Der § 5 des Einführungsgesetzes zur C. P. O. wiederholt im ersten Satze diese Vorschrift, fügt aber hinzu: „Für **vermögensrechtliche Ansprüche Dritter** darf die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht von der Einwilligung des Landesherrn abhängig gemacht werden." In § 3 des Einführungsgesetzes zum G. V. G. ist bestimmt, daß die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, durch die Landesgesetzgebung den ordentlichen Landesgerichten auch nach anderen als den im Gerichtsverfassungsgesetze vorgeschriebenen Zuständigkeitsnormen und, was die Gerichtsbarkeit letzter Instanz angeht, auf Antrag des betreffenden Bundesstaates mit Zustimmung des Bundesrathes durch Kaiserliche Verordnung dem Reichsgerichte übertragen werden könne. Die Sonderstellung, welche die deutschen Landesherren bis zur Einführung der Reichsjustizgesetzgebung nach der Rechtsentwickelung mehrerer Bundesstaaten in Ansehung der Exemtion von der Gerichtsbarkeit der eigenen Landesgerichte eingenommen hatten, ist im Allgemeinen

Digitized by Google

aufrechterhalten. Nur hinsichtlich vermögensrechtlicher, also solcher Ansprüche, welche im Gegensatze zu Statussachen auf einen Geldwerth zurückgeführt werden können, ist der Ausschluß des Rechtsweges für unzulässig erklärt, mithin die Zuständigkeit der Gerichte an sich ausgesprochen worden. Ferner kann die Landesgesetzgebung in Ansehung der ausgenommenen, **den Personenstand oder die Familienverhältnisse der Landesherren betreffenden Angelegenheiten** nicht bloß die Zuständigkeitsnormen ändern oder ein von Reichsjustizgesetzen abweichendes Verfahren anordnen, sondern es auch bei dem bestehenden Zustande des Ausschlusses des Rechtsweges, der Niedersetzung oder Bezeichnung eines besonderen Gerichtshofes und sonstigen Beschränkungen der Klagerhebung belassen oder andere Normen dafür einführen. Bestanden jedoch vor dem 1. October 1879 landesgesetzliche Vorschriften über die Exemtion der Landesherren nicht, oder werden solche nicht nach diesem Zeitpunkte neu eingeführt, so finden auch auf die Klagen aus persönlichen Verhältnissen der Landesherren die Bestimmungen der Reichsjustizgesetze, die in diesen angeordneten Gerichtsstände, Anwendung. Unter **Landesgesetzen** im Sinne der §§ 5 E. G. zur C. P. O. sind Rechtsnormen jeder Art zu verstehen. Dies ergibt sich sowohl aus § 12 des Einführungsgesetzes zur C. P. O., als auch aus der Gegenüberstellung von „**Hausverfassungen**" und „**Landesgesetzen**". Deßhalb begründet es auch keinen Unterschied, ob sich die einschlagenden Sonderbestimmungen im gemeinen Rechte — dem römischen Rechte und dem deutschen Privatrechte — oder im s. g. Privatfürstenrechte finden und ob sie auf ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung beruhen oder gewohnheitsrechtlich — durch Observanz oder Herkommen — eingeführt sind (C. P. O. § 512 vgl. mit § 511). (R. G. 12. XII. 84.) R. C. XII. (125.) 427. 428.

§ 6. **§ 6.**

Mit Zustimmung des Bundesraths kann durch Kaiserliche Verordnung bestimmt werden:

1. **daß die Verletzung von Gesetzen, obgleich deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, die Revision nicht begründe;**
2. **daß die Verletzung von Gesetzen, obgleich deren Geltungsbereich sich nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, die Revision begründe.**

Die auf Grund der vorstehenden Bestimmungen erlassenen Verordnungen sind dem Reichstag bei dessen nächstem Zusammentreten zur Genehmigung vorzulegen. Dieselben treten, soweit der Reichstag die Genehmigung versagt, für die am Tage des Reichstagsbeschlusses noch nicht anhängigen Prozesse außer Kraft. Die genehmigten Verordnungen können nur durch Reichsgesetz geändert oder aufgehoben werden.

1. **Die Reichsgesetze sind unbedingt revisibel; die Revisibilität der Landesgesetze wird aber von einem bestimmten „Geltungsbereiche" derselben abhängig gemacht.** (R. G. 1. XII. 82. § 511 R. C. P. O.) R. C. VII. (112.) 366.

2. Auf Grund des §. 6 des Einführungsgesetzes zur Reichs-Civilprozeßordnung ist durch kaiserliche Verordnung vom 28. September 1879 § 3 (R. Bl. 1879 S. 299) bestimmt worden, daß auf **die Verletzung von Gesetzen des Lehenrechts** die Revision nicht gestützt werden könne; bezüglich dieser Bestimmung ist aber der angeführten Verordnung von dem Reichstage in seiner Sitzung vom 10. April 1880 die Genehmigung versagt worden und nach § 6 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Reichs-Civilprozeßordnung ist daher dieselbe für die am 10. April 1880 noch nicht anhängigen Prozesse außer Kraft getreten. (B. O. L. 14. XI. 81.) S. IX. (106.) 339—342.

Digitized by Google

Oberstes Landesgericht.

(§§ 7—9.)

§ 7.

§ 7.

Ist in einem Bundesstaat auf Grund der Bestimmung des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze § 8 für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ein oberstes Landesgericht errichtet, so wird das Rechtsmittel der Revision bei diesem Gerichte eingelegt. Die Einlegung erfolgt durch Einreichung der Revisionsschrift. Eine Abschrift derselben ist der Gegenpartei von Amtswegen zuzustellen.

Das oberste Landesgericht entscheidet ohne vorgängige mündliche Verhandlung endgültig über die Zuständigkeit für die Verhandlung und Entscheidung der Revision. Erklärt es sich für zuständig, so ist der Termin zur mündlichen Verhandlung von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen. Erklärt es sich dagegen für unzuständig, weil das Reichsgericht zuständig sei, so sind dem letzteren die Prozeßakten zu übersenden.

Die Entscheidung des obersten Landesgerichts über die Zuständigkeit ist auch für das Reichsgericht bindend. Der Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Reichsgericht ist von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen.

Die Fristbestimmungen in den §§ 517, 519 der Civilprozeßordnung bemessen sich nach dem Zeitpunkte der Bekanntmachung des Termins zur mündlichen Verhandlung an den Revisionsbeklagten.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf das Rechtsmittel der Beschwerde entsprechende Anwendung.

Ger. K. G. § 47 Nr. 2.

Abs. 2. Die Pflicht des Revisionsklägers auf Ladung des Revisionsbeklagten vor das Revisionsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Revision tritt für die bei dem Obersten Landesgerichte zu verhandelnden Revisionen außer Wirksamkeit. Wenn die Revisionsschrift eine Ladung des Revisionsbeklagten in die öffentliche Sitzung des Obersten Landesgerichts enthält und damit der Zweck der Ladung in einer im Wesentlichen mit § 515 Ziffer 3 R. C. P. O. übereinstimmenden und an sich einer Mißdeutung nicht fähigen Weise ausgedrückt ist, so wird überhaupt die erwähnte Vorschrift im § 515 Ziffer 3 a. a. O. bei den vor dem Obersten Landesgerichte zu verhandelnden Revisionen durch die im § 7 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung aufgestellte Specialbestimmung in seiner Geltung gehemmt, indem hiernach der zur mündlichen Verhandlung angesetzte Termin nicht von einer Partei der anderen, sondern den Parteien durch das Revisionsgericht von Amtswegen bekannt gemacht wird. (B. O. L. 21. III. 82.) S. IX. (181.) 557.

§ 8.

§ 8.

Der Bestellung eines bei dem obersten Landesgericht oder bei dem Reichsgerichte zugelassenen Rechtsanwalts bedarf es erst, nachdem das oberste Landesgericht über die Zuständigkeit Entscheidung getroffen hat. Für die dieser Entscheidung vorgängigen Handlungen können die Parteien sich auch durch jeden bei einem Land- oder Oberlandesgerichte zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen.

Die Zustellung der Abschrift der Revisionsschrift an den Revisionsbeklagten und die Bekanntmachung des Termins zur mündlichen Verhandlung an die Parteien erfolgt in Gemäßheit des § 164 der Civilprozeßordnung.

§ 9.

§ 9.

Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt, falls es sich um die Zuständigkeit solcher Gerichte handelt, welche verschiedenen Bundesstaaten angehören und nicht im Bezirk eines gemeinschaftlichen Oberlandesgerichts ihren Sitz haben, durch das Reichsgericht auch dann, wenn in einem dieser Bundesstaaten ein oberstes Landesgericht für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten errichtet ist.

§§ 36, 37.

Digitized by Google

Entmündigungssachen.

§ 10. **§ 10.**

Die Bestimmungen der Civilprozeßordnung über das Verfahren in Entmündigungssachen finden auf die Bestellung eines Beistandes für einen Geistesschwachen oder für einen Verschwender, insofern diese Bestellung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts erforderlich ist, entsprechende Anwendung.

C. P. O. §§ 593, 594.

Aufgebotsverfahren.

§ 11. **§ 11.**

Die Landesgesetze können in anderen als in den durch ein Reichsgesetz bestimmten Fällen die Anwendung der Bestimmungen der Civilprozeßordnung über das Aufgebotsverfahren ausschließen oder diese Bestimmungen durch andere Vorschriften ersetzen, insoweit nicht § 849 der Civilprozeßordnung entgegensteht.

C. P. O. §§ 823, 840—850.

Die Beseitigung der Hemmnisse civilrechtlicher Verfolgung öffentlicher Beamten wegen in Ausübung ihres Amtes begangener Handlungen ist auch in Elsaß-Lothringen vorhanden. Entsch. des R. G. v. 3. Juni 1881.

Gesetz; Begriff.

§ 12. **§ 12.**

Gesetz im Sinne der Civilprozeßordnung und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.

§ 512. A. L. R. Einleit. §§ 1 ff.

1. **Die Entscheidung des Berufungsgerichtes über Bestehen und Inhalt eines sich nicht über dessen Bezirk hinauserstreckenden Gewohnheitsrechtes ist nach § 12 des Einführungsgesetzes zur C. P. O. für das Revisionsgericht ebenso maßgebend, wie nach § 525 der C. P. O. die Entscheidung über Bestehen und Inhalt eines Gesetzes von gleichem Geltungsbereich.** (R. G. 6. XI. 80.) R. C. II. (49.) 183. A. III. (31.) 105. 106.

2. Ein **Ortsgebrauch**, der irgend etwas „bestimmt", ist eine Rechtsquelle, also ein Gewohnheitsrecht. (R. G. 18. XII. 80.) R. C. III. (42.) 150.

3. Ueber die streitige staatsrechtliche Frage, ob **das preuß. Staatshaushaltsgesetz, und insbesondere die** — nicht einmal in Gesetzesform — **nachträglich ertheilte Genehmigung der Kammern zu Etatsüberschreitungen,** in Wirklichkeit, und zwar im Sinne des § 512 C. P. O. und § 12 Einf.-Ges. zu derselben ein Gesetz, oder einen Verwaltungsakt, der nur nach konstitutionellem Sprachgebrauche als „Gesetz" bezeichnet wird, darstellt. Vgl. Gneist, Budget und Gesetz, S. 19 ff., 23; v. Rönne, Staatsrecht der preußischen Monarchie (4. Ausg.) Bd. 1, Abth. 1, S. 602 ff., 616 ff., Bd. 4, Abth. 2, S. 739 ff., 746; v. Rönne, Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. 2, S. 144 ff., 157 ff., 162 (Note); Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 3, Abth. 2, S. 339 ff., 354, 356, 360 ff.; Laband, Budgetrecht, S. 52 ff., 57 ff., 75; Schulze, Preuß. Staatsrecht, Bd. 2., Abth. 1, S. 176, 205, 208 ff., 435; Zorn, Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, S. 327, 338 ff. Diese verschieden beantwortete staatsrechtliche Frage ist auch in der reichsgerichtlichen Entscheidung vom 9. April 1885 [R. C. XIII. (61) 261]

Digitized by Google

nicht entschieden, und nur gesagt, daß jedenfalls das Staatshaushaltsgesetz und ergänzend die nachträgliche Genehmigung der Kammern zu einer Etatsüberschreitung nur gesetzliche Wirkung und Bedeutung für die Krone und die Landesvertretung gegenüber den verantwortlichen Ministern haben. (R. G. 9. IV. 85.) R. C. XIII. (61.) 261.

Prozeßrechtliche Vorschriften.

§ 13.

§ 13.

Die prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze werden durch die Civilprozeßordnung nicht berührt.

Aufgehoben werden:

1. § 2 des Gesetzes, betreffend die Aufhebung der Schuldhaft, vom 29. Mai 1868;

   §§ 798, 812.

2. Artikel 34—36, 37, Satz 2, 39, 77, 78, 79 Abs. 2, 488, 494, 889 des Handelsgesetzbuchs;

   § 259.

3. § 6 des Gesetzes, betreffend die Verbindlichkeit zum Schadensersatze für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken u. s. w. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen, vom 7. Juni 1871;

4. § 14 des Gesetzes über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871, insoweit diese Vorschrift die Unterbrechung der Verjährung an die Anmeldung der Klage knüpft;

   § 259.

5. § 144 Abs. 4 des Gesetzes, betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, vom 31. März 1873;

   § 259.

6. § 78 Abs. 3 des Gesetzes über Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875.

Der Artikel 80 der Wechselordnung wird dahin abgeändert, daß die Verjährung auch nach Maßgabe der §§ 190, 254, 461 Abs. 2, 471 Abs. 2 der Civilprozeßordnung unterbrochen wird.

In den Fällen der Artikel 348, 365, 407 des Handelsgesetzbuchs ist das im § 448 der Civilprozeßordnung bezeichnete Amtsgericht zuständig; auf die Ernennung, Beeidigung und Vernehmung der Sachverständigen finden die Vorschriften der Civilprozeßordnung in dem achten Titel des ersten Abschnitts des zweiten Buchs entsprechende Anwendung.

Abs. 1. 1. S. hierüber bei § 15 ad R. C. VII. (121.) 400—402.

2. Der § 56 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 wird nach § 13 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung von dieser nicht berührt, es verbleibt darnach bei seiner im Interesse der schleunigen Ordnung des Verhältnisses der Genossenschafter zu einander gegebenen Vorschrift, wonach die Anstellung der Klage und die Einleitung des Prozesses die Exekution des für vollstreckbar erklärten Vertheilungsplanes nicht hemmen sollen (R. G. 6. VI. 82.) R. C. VII. (95.) 319.

3. Die besondere, für Streitigkeiten über Patentverletzungen geltende prozeßrechtliche Vorschrift wird durch die Civilprozeßordnung nicht berührt. (R. G. 20. XII. 81.) R. C. VI. (96.) 339.

4. Der § 18 des Reichspatentgesetzes enthält eine besondere, durch § 13 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur R. C. P. O. nicht berührte Vorschrift. — Die Gerichte sind hiernach befugt, das Patentamt um Gutachten über Patentfragen anzugehen und die Entscheidung auf diese Gutachten zu stützen. Die Bestimmungen der R. C. P. O. über die Beeidigung Sachverständiger

Digitized by Google

finden auf diese Gutachten keine Anwendung. (R. G. 20. XII. 81.) R. C. VI. (96.) 337—339 A. V. (37.) 195—197.

Abs. 2; — Ziff. 2. 5. Der § 13 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung hat, indem er die in Art. 34 ff. H. G. B. aufgestellten Beweisregeln aufhob, keineswegs die Beweiskraft, welche den Handelsbüchern längst vor dem Handelsgesetzbuche aus in der Sache liegenden Gründen beigelegt ist, beseitigen oder schmälern, sondern nur das im § 259 C. P. O. generell aufgestellte Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung auch für die Handelsbücher maßgebend erklären wollen. Nach dem Grunde, aus welchem den Handelsbüchern Beweiskraft beigelegt wird, kann diese Beweiskraft den Büchern für sich allein, ohne daß noch andere besondere Momente zur Begründung der Beweiskraft hinzuzukommen brauchen, also lediglich deßhalb, weil der Kaufmann die betreffende Eintragung in die Bücher gemacht hat, beigelegt werden. Nach § 259 C. P. O. hat der Richter indeß zu würdigen, ob und welches Maß der Beweiskraft den Büchern im concreten Falle beizulegen sei, und dabei können andere concurrirende Momente zur Minderung der Stärkung der Beweiskraft in Betracht kommen. Das Ergebniß der richterlichen Würdigung kann also im concreten Falle die gänzliche Verneinung der Beweiskraft der Handelsbücher sein. (R. G. 10. XII. 81.) R. C. VI. (101.) 346—347 A. V. (18.) 88—90. [A. VI. (108.) 324, 325].

6. Die in Art. 34 des H. G. B. enthaltene gesetzliche Beweisregel ist durch § 13 Nr. 2 des Einf.-Ges. zur R. C. P. O. beseitigt. **Wie aber hiermit den Handelsbüchern die Beweiskraft nicht abgesprochen,** vielmehr die Frage, ob und in welchem Umfange sie Beweis liefern, der freien richterlichen Beweiswürdigung überwiesen ist, **so hat diese freie richterliche Beurtheilung auch einzutreten hinsichtlich der in solchen gemachten Aufzeichnungen über einzelne abgeschlossene Geschäfte,** auch wenn das Buch, in welchem sie sich befinden, den an ein ordnungsmäßig geführtes Handelsbuch zu stellenden Anforderungen nicht entspricht. Ein principieller Grund gegen die Annahme der Beweiserheblichkeit derartiger Aufzeichnungen, das Geeignetsein, zum Beweise für die bezüglichen Thatsachen zu dienen, kann aus letzterem Umstande nicht abgeleitet werden. Ebenso aber hat gegenüber dem die R. C. P. O. mit einzelnen wenigen, bestimmt normirten Ausnahmen beherrschenden Grundsatze freier Beweiswürdigung die früherhin in verschiedenen Rechtsgebieten geltende Beweisregel „scriptura non probat pro scribente" gesetzliche Geltung nicht zu beanspruchen, und es ist von vornherein ausgeschlossen, daß auch Aufzeichnungen in Handelsbüchern mit Rücksicht auf ihre Beschaffenheit, auf die Continuität der Eintragungen u. dgl. vom Richter als ausreichende Beweisgrundlagen für das Bestehen oder Nichtbestehen der Rechtsverhältnisse, auf welche sie sich beziehen, erachtet werden dürfen. Daß eine Urkunde geeignet sei, vollen Beweis zu liefern, ist zur Eigenschaft der Beweiserheblichkeit nicht erforderlich; ebensowenig ist übrigens auch letztere an die Voraussetzung geknüpft, daß die Urkunde Beweis für deren Eigenthümer oder Producenten liefere. (R. G. 22. X. 83.) R. A. V. (242.) 627, 628. A. VIII. (106.) 480, 481.

Abs. 3. 7. S. hierüber bei § 69 der R. C. P. O. ad R. C. X. (84.) 293, 294.

Digitized by Google

8. Aus § 13 Abs. 3 des Reichs-Einführungsgesetzes zur R. C. P. O. folgt, daß die Vorschrift des Art. 80 der D. W. O., wonach auch die vom Beklagten geschehene Streitverkündung an einen Regreßpflichtigen eine Unterbrechung der Wechselverjährung bewirkt, in Geltung geblieben ist. Bei Erlassung der D. W. O. und ihres Art. 80 war der Mehrzahl der geltenden Landesgesetze eine derartige Wirkung der Streitverkündung unbekannt, und dennoch ist aus Rücksicht auf die practischen Bedürfnisse des Wechselverkehrs jene Bestimmung des Art. 80 in das Gesetz aufgenommen worden. Die gleichen legislatorischen Gründe machen erklärlich, daß jene Vorschrift beibehalten worden ist, obgleich die R. C. P. O. eine derartige Wirkung der Streitverkündung nicht kennt. **Aus der Nichtaufhebung des Art. 80 der D. W. O. ergiebt sich daher kein Grund, daß im Sinne der R. C. P. O. die Streitverkündung überhaupt die Verjährung unterbrechen solle.** Ueberdies hätte der Gesetzgeber eine so erhebliche Vorschrift ausdrücklich gegeben, wozu um so mehr Anlaß vorlag, als in § 13 des Einführungsgesetzes zur R. C. P. O. und in § 3 des Einf.-Ges. zur R. C. O. Modificationen des Art. 80 erfolgt sind, der Gesetzgeber sich daher wiederholt mit dem Art. 80 beschäftigt hat. Die R. C. P. O. enthält keine solche Vorschrift über die Wirkung der Streitverkündung, mithin liegt sie auch nicht im Geiste und Sinne dieses Gesetzbuches. Was endlich den Art. 80 der D. W. O. betrifft, so ist derselbe bereits als eine im Interesse des Wechselverkehrs erlassene Bestimmung characterisirt worden. Daraus ergibt sich von selbst, daß die darin enthaltene Vorschrift über Unterbrechung der Verjährung durch Streitverkündung des Beklagten sich als eine Specialbestimmung des Wechselrechts darstellt, die auf ihr Gebiet beschränkt werden muß, einer analogen Ausdehnung auf andere, wenn auch ähnliche Rechtsverhältnisse nicht fähig ist und am wenigsten generalisirt werden darf, zumal sie nicht von der Streitverkündung im allgemeinen, sondern nur von jener des Beklagten handelt. (R. G. 13. XI. 83.) A. IX. (21.) 85. 86.

9. **Nach § 13 Abs. 1 u. 3 des Einf.-Ges. zur R. C. P. O. ist die Zustellung des Zahlungsbefehls im Mahnverfahren nicht als ein Akt, welcher in Wechselsachen die Verjährung unterbricht, anerkannt.** (R. G. 22. XII. 83.) A. IX. (68.) 342.

§ 14.

§ 14.

Die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, deren Entscheidung in Gemäßheit des § 3 nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung zu erfolgen hat, außer Kraft, soweit nicht in der Civilprozeßordnung auf sie verwiesen oder soweit nicht bestimmt ist, daß sie nicht berührt werden.

Außer Kraft treten insbesondere:

1. die Vorschriften über die bindende Kraft des strafgerichtlichen Urtheils für den Civilrichter;

   C. P. O. § 259.

2. die Vorschriften, welche in Ansehung gewisser Rechtsverhältnisse einzelne Arten von Beweismitteln ausschließen oder nur unter Beschränkungen zulassen;
3. die Vorschriften, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache als mehr oder minder wahrscheinlich anzunehmen ist;
4. die Vorschriften über die Bewilligung von Moratorien, über die Urtheilsfristen und über die Befugnisse des Gerichts, dem Schuldner bei der Verurtheilung Zahlungsfristen zu gewähren;
5. die Vorschriften, nach welchen eine Nebenforderung als aberkannt gilt, wenn über dieselbe nicht entschieden ist.

   § 279. A. L. R. I. 11 § 848.

Digitized by Google

Abs. 1. 1. S. hierüber bei § 15 ad R. C. VII. (121.) 400—402. Abs. 2; — Ziff. 1. 2. **Die Vorschrift des Einf.-Ges. zur R. C. P. O. § 14 Ziff. 1, daß strafgerichtliche Urtheile den Civilrichter nicht binden, hat keine Anwendung auf den Fall, in dem der Civilrichter zu prüfen hat, ob ein ergangenes Strafurtheil nach Gemeinem Protestantischen Eherecht einen Scheidungsgrund bildet.** Denn nicht die That als solche ist der Ehescheidungsgrund, sondern die bestrafte That, und so wenig nach einem freisprechenden Urtheile der andere Ehegatte die That, wegen welcher die Freisprechung erfolgt ist, im Ehescheidungsprozesse als Scheidungsgrund geltend machen kann, so wenig kann der verurtheilte Ehegatte die Scheidungsklage durch die Behauptung und den Nachweis entkräften, daß er unschuldig verurtheilt worden sei. Durch das Strafurtheil ist das Verbrechen erwiesen und die aus der Verurtheilung für das Verhältniß der Ehegatten zu einander sich ergebenden Folgen können nimmermehr durch eine im Ehescheidungsprozeß getroffene entgegengesetzte Feststellung, vielmehr nur durch ein nach Wiederaufnahme des strafgerichtlichen Verfahrens ergehendes entgegengesetztes Urtheil beseitigt werden. (R. G. 17. III. 84.) A. X. (23.) 88.

Ziff. 2. 3. **Die Anwendung des § 14 Nr. 2 des Einführungsgesetzes ist nicht bloß bei sogenannten solennen Verträgen ausgeschlossen, sondern überall da, wo durch die vorgeschriebene Form die rechtliche Wirkung eines Actes bedingt wird,** und andererseits kommt es auf den legislatorischen Grund, auf welchem eine Vorschrift dieser Art beruht, ob sie im Interesse der betreffenden Partei gegeben ist oder die Sicherung Dritter bezweckt, nicht an. (R. G. 20. III. 83.) R. C. X. (77.) 275.

4. **Das hessische Gericht vom 30. Mai 1821, betr. die Aufhebung der Fornikationsstrafen ist kein bloßes Prozeßgesetz und deßhalb nicht durch § 14 Ziff. 2 des Einführungsgesetzes zur C. P. O. beseitigt. Dasselbe ist gleich der Vorschrift in Art. 340 Code civil materiellen Rechtes und hat diese Bedeutung auch durch die Usualinterpretation der hessischen Gerichte nicht verloren.** Wenn die letztere die Durchführung eines Anspruches aus der unehelichen Vaterschaft auf Grund eines Anerkenntnisses oder Geständnisses zuläßt, so folgt daraus noch nicht, daß es sich hier um ein besonderes Beweismittel für die Thatsache der außerehelichen Erzeugung handelt. Denn einer Erforschung der Vaterschaft im Prozesse bedarf es nicht, wenn diese bereits vorher durch einen Verpflichtungsakt oder ein Geständniß des Vaters außer Streit gesetzt ist. In diesem Sinne ist das Geständniß eine rechtlich erhebliche Thatsache, aus welcher auf das Vorhandensein der natürlichen Verwandtschaft geschlossen werden soll und nach der particulargesetzlichen Beseitigung der Vermuthung, daß derjenige der Vater des außerehelich geborenen Kindes sei, welcher mit der Mutter in der kritischen Zeit den Beischlaf vollzogen habe, auch allein geschlossen werden kann. Derartige Vorschriften der Landesgesetze hat aber das gedachte Reichsgesetz keineswegs aufgehoben. (R. G. 29. III. 81.) R. C. V. (99.) 371.

5. **Der Art. 1690 Code civil ist durch die Bestimmung in § 14 Nr. 2 des Einführungsgesetzes zur C. P. O. nicht aufgehoben.** Der § 14 setzt die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze, welche in Ansehung gewisser Rechtsverhält-

Digitized by Google

nisse einzelne Arten von Beweismitteln ausschließen oder nur unter Beschränkung zulassen, außer Kraft. Derselbe bezieht sich also nur auf Beweisvorschriften, und namentlich, wie in den Motiven hervorgehoben ist, auf die französisch-rechtlichen Beschränkungen des Zeugenbeweises, läßt daher die materiellen Bestimmungen, durch welche die rechtsverbindliche Kraft eines Aktes an die vorgeschriebene urkundliche Form geknüpft wird, unberührt. (Vgl. Petersen, 2. Aufl. S. 1184; Wilmowski-Levi zu § 255 Note 6; Gaupp, Bd. 3 S. 605.) Eine Vorschrift dieser Art bildet nun aber Art. 1690 a. a. O., der auf dem Gedanken beruht, daß der Cessionar, um Dritten gegenüber das Eigenthum der Forderung zu erwerben, sich in den Besitz derselben zu setzen hat, was nach der genannten Gesetzesbestimmung durch Zustellung der Cession an den Schuldner oder dadurch, daß letzterer den Cessionar in einem authentischen Akte als Gläubiger anerkennt, geschehen muß. Da hiernach die rechtliche Wirkung der Cession, soweit es Dritte betrifft, von dem Acte der Zustellung bezw. der Acceptation abhängig gemacht ist, so kann Art. 1690 a. a. O. als eine Beweisvorschrift im Sinne des § 14 a. a. O. enthaltend nicht angesehen werden. So hat der zweite Senat des Reichsgerichts bereits durch Urtheil vom 12. Deeember 1882 in Sachen Bauer w. Neumann entschieden, und ist ferner hervorzuheben, daß auch das badische Ausführungsgesetz zur C. P. O. den Landrechtssatz 1690 als in fortdauernder Geltung stehend anerkannt hat. (Vgl. Bingner, Das Badische Einführungsgesetz zu den Reichsjustizgesetzen S. 158. 188. 189.) (R. G. 20. III. 83. R. C. X. (77.) 274. 275.

6. **Dagegen ist der Art. 1348 des Code civil durch § 14 Ziff. 2 cit. aufgehoben, und demgemäß kann der Beweis der Cessionsanzeige an den Schuldner jetzt auch durch Zeugen geführt werden.** (R. G. 12. XII. 82.) A. VII. (103.) 306. 307. S. auch (R. G. 20. III. 83.) A. VII. (168.) 513. 514.

7. Die Bestimmung des Art. 1483 Code civil knüpft die der Ehefrau gewährte Rechtswohlthat an die Bedingung, daß ein richtiges und getreues Inventar aufgenommen werde. Es wird der freien Wahl der Ehefrau anheimgestellt, ob sie diese Bedingung erfüllen oder unterlassen wolle. Wählt sie das letztere, so begibt sie sich dadurch freiwillig des Anspruches auf die Wohlthat des Gesetzes und leistet stillschweigend auf dieselbe Verzicht. Dies führt zu der nothwendigen Folgerung, daß das Gesetz nicht eine bloße Beweisregel aufgestellt, sondern eine Formvorschrift ertheilt habe, welche durch § 14 Nr. 2 des Einführungsgesetzes nicht berührt wird. (R. G. 19. XII. 84.) R. C. XII. (85.) 330.

8. **Die Bestimmungen des Art. 1328 Code civil haben seit Einführung der deutschen Civilprozeßordnung keine Geltung mehr,** es hat vielmehr für die Frage, ob eine Privaturkunde in einem bestimmten Zeitpunkte zustande gekommen sei, da § 381 der C. P. O. darüber nichts bestimmt, das Princip freier Beweiswürdigung (§ 259 der C. P. O.) zu gelten. Es handelt sich hier nur um die Bezeichnung der Beweismittel, durch welche Dritten gegenüber der Beweis des Datums von Privaturkunden bezw. des Bestehens derselben zu einer gewissen Zeit ge-

Digitized by Google

führt werden könne, also um eine Beweisregulirung im Sinne von § 14 Ziff. 2 des Einführungsgesetzes zur C. P. O. Dabei ist ins Auge zu fassen, daß in den Motiven zu den §§ 367. 368 des Entwurfes der C. P. O. die Versuche der verschiedenen Gesetzgebungen, insbesondere auch der französischen, die Frage des Datums von Privaturkunden zu regeln, besprochen und bemerkt ist: „Nach eingehender Erwägung der verschiedenen legislativen Versuche erschien es am gerathensten, für die Beweiswürdigung dieses Theiles der Privaturkunde keine Vorschrift zu geben. (R. G. 23. II. 86.) R. C. XV. (75.) 309. 310. S. auch (R. G. 16. VI. 82.) A. VI. (41.) 171.

§ 15. **§ 15.**

Unberührt bleiben:

1. die landesgesetzlichen Vorschriften über die Einstellung des Verfahrens für den Fall, daß ein Kompetenzkonflikt zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten entsteht;

   G. V. G. § 17.

2. die landesgesetzlichen Vorschriften über die Fortdauer des Gerichtsstandes einer Gesellschaft, einer Genossenschaft oder eines Vereins nach Auflösung derselben; über das Verfahren in Betreff der Sperre, der Zahlung abhanden gekommener Inhaberpapiere; über das Verfahren bei Streitigkeiten, welche die Zwangsenteignung und die Entschädigung wegen derselben betreffen;
3. die landesgesetzlichen Vorschriften über das erbschaftliche Liquidationsverfahren;
4. die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen den Fiskus, Gemeinden und andere Kommunalverbände (Provinzial-, Kreis-, Amtsverbände), sowie gegen solche Korporationen, deren Vermögen von Staatsbehörden verwaltet wird, insoweit nicht dingliche Rechte verfolgt werden;
5. die Vorschriften des französischen und des badischen Rechts über den erwählten Wohnsitz, soweit es sich um Zustellungen handelt, und über das Verfahren bei Vermögensabsonderungen unter Eheleuten.

Entstehen in einem unter Nr. 3 bezeichneten Verfahren Rechtsstreitigkeiten, welche in einem besonderen Prozesse zu erledigen sind, so erfolgt die Erledigung nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung und dieses Gesetzes.

C. P. O. § 757. K. O. §§ 65, 134, 152.

Ziff. 2. 1. **Die Bestimmung des § 15 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung ist nicht auf die bei der Verkündigung oder bei dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung schon bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften zu beschränken.** Nachdem im § 13 das Verhältniß der Civilprozeßordnung zu den prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze und im § 14 das Verhältniß derselben zu den prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze geregelt ist, wendet § 15 sich zu denjenigen prozessualen Gegenständen, bezüglich deren auf einheitliche Ordnung des Verfahrens insoweit verzichtet worden ist, daß hierfür im Wege der Landesgesetzgebung von der Civilprozeßordnung abweichende und in den einzelnen Staaten des Reiches verschiedene Normen aufgestellt werden können. Es handelt sich hierbei, nach der Ausführung der Motive zum Gesetzentwurfe, um Angelegenheiten, welche mit Eigenthümlichkeiten des Landrechts so enge zusammenhängen, daß ihre einheitliche Regelung von Reichs wegen bedenklich erscheint. Was insbesondere die Zwangsenteignung betrifft, so heben die Motive hervor, daß das hierbei eintretende in den einzelnen deutschen Staaten durchaus abweichend gestaltete Verfahren mehr oder minder durch das die Expropriation beherrschende öffentliche Recht beeinflußt sei und deßhalb auch

Digitized by Google

fernerhin in einzelnen Punkten wenigstens von der gewöhnlichen Prozedur abweichend werde erhalten werden müssen. Indem aus solchen Gründen davon abgesehen wurde, für die in Rede stehenden Angelegenheiten ein überall gleiches Verfahren von Reichs wegen anzuordnen, sollte der Erwägung der einzelnen Staaten auch die Frage überlassen bleiben, ob die bei Einführung der Civilprozeßordnung für diese Angelegenheiten bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften unverändert beizubehalten oder bei oder nach Einführung derselben abzuändern seien. Hierüber von Reichs wegen eine Entscheidung zu treffen, insbesondere nur die schon bestehenden Landesgesetze aufrecht zu erhalten, deren spätere Weiterentwickelung aber der Landesgesetzgebung zu entziehen, lag für die Faktoren der Reichsgesetzgebung kein Anlaß vor, wenn auf eine einheitliche Ordnung der fraglichen Angelegenheiten überhaupt verzichtet wurde. Es liegt daher dem § 15 a. a. O. ohne Zweifel die Absicht zum Grunde, den Landesregierungen bezüglich der darin aufgeführten Gegenstände überhaupt freie Hand vorzubehalten, gleichviel ob es sich um schon bestehende oder erst zu erlassende Landesgesetze handelt. Dieser Absicht entspricht auch der Wortlaut des § 15 a. a. O. Nicht bloß die — bei der Verkündigung oder bei dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung — bestehenden, sondern überhaupt die landesgesetzlichen Vorschriften über die unter Nr. 1—5 aufgeführten Gegenstände sollen unberührt bleiben. Dies bedeutet, daß sie durch die Civilprozeßordnung nicht berührt werden, was im § 13 hinsichtlich der prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze vollständiger ausgedrückt und auch hinsichtlich der in den §§ 16, 17 erwähnten Vorschriften des bürgerlichen Rechtes unzweifelhaft anzunehmen ist. Ohne die Bestimmung des § 15 würde die Einführung der Civilprozeßordnung die landesgesetzlichen Vorschriften über die unter Nr. 1—5 aufgeführten Gegenstände gemäß Art. 2 der Reichsverfassung in der Weise berührt haben, daß davon abweichende landesgesetzliche Bestimmungen, soweit sie bei Einführung der Civilprozeßordnung bestanden, ihre Geltung verloren, später aber solche im Wege der Landesgesetzgebung nicht mehr erlassen werden konnten. Die allgemein lautende Bestimmung, daß die gedachten landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben, schließt nach beiden Richtungen hin die Einwirkung der Civilprozeßordnung auf dieselben aus. (S. R. C. VII. Nr. 105 S. 347.) Diese Auslegung des § 15 a. a. O. wird auch durch § 3 Abs. 3 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze bestätigt. Zwischen beiden Bestimmungen besteht ein enger Zusammenhang, wie die Motive zum § 12 des Entwurfes des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung (§ 15 des Gesetzes) hervorheben. „Während der § 12", bemerken dieselben, „der Landesgesetzgebung in betreff der einzeln aufgeführten Fälle, sowohl rücksichtlich des Gerichtsstandes als auch hinsichtlich des Verfahrens freien Spielraum gewährt, ist in Bezug auf die sachliche Zuständigkeit eine analoge Vorschrift in dem Einführungsgesetze zum Gerichtsverfassungsgesetze § 3 Abs. 3 getroffen". Grund und Zweck beider Bestimmungen ist gleich. Sie haben nur deßhalb in verschiedenen Einführungsgesetzen ihre Stelle gefunden, weil die sachliche Zuständigkeit in dem Gerichtsverfassungsgesetze, der Gerichtsstand und das Verfahren dagegen in der Civilprozeßordnung geregelt ist. Wie es nun nach dem Wortlaut des

Digitized by Google

§ 3 Abs. 3 a. a. O. keinem Zweifel unterliegt, daß, insoweit für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ein von der Civilprozeßordnung abweichendes Verfahren gestattet ist, die Zuständigkeit der ordentlichen Landesgerichte sowohl bei als nach Einführung der Reichsjustizgesetze durch die Landesgesetzgebung nach anderen als den durch das Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Normen bestimmt werden kann, so ist auch der in gleicher Weise erlassene § 15 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung dahin zu verstehen, daß es vor und nach Einführung der Civilprozeßordnung der Landesgesetzgebung unverwehrt ist, über die unter Nr. 1—5 aufgeführten Gegenstände prozessuale Vorschriften zu erlassen, welche von den in der Civilprozeßordnung enthaltenen abweichen. (R. G. 14. X. 82.) R. C. VII. (121) 400—402.

2. **Durch die Bestimmung des § 15 Nr. 2 des Einf.-Ges. zur C. P. O. wird die Anwendung der Civilprozeßordnung in streitigen Expropriationssachen nicht gänzlich ausgeschlossen, aber verordnet, daß landesgesetzliche Vorschriften, welche über das Verfahren in solchen Sachen von der Civilprozeßordnung abweichende Bestimmungen enthalten, ungeachtet der entgegenstehenden Bestimmungen der Civilprozeßordnung Geltung haben sollen,** und zwar, wie die Motive zum Entwurfe des gedachten Einführungsgesetzes hervorheben, ohne Unterschied, ob sie die auf Zwangsenteignung bezüglichen Rechtsstreitigkeiten vor andere Behörden als die bürgerlichen Gerichte verweisen oder unter Verweisung derselben vor die ordentlichen Gerichte für das Verfahren in denselben von der Civilprozeßordnung abweichende Normen aufstellen. (R. G. 14. X. 82.) R. C. VII (121.) 399.

3. **Die landesgesetzlichen Vorschriften über den Gerichtsstand für Streitigkeiten in Enteignungssachen sind nicht geändert.** Die Vorschriften der C. P. O. bezüglich des Gerichtsstandes sind ausgeschlossen. Im § 14 des E. G. zu C. P. O. vom 30. Januar 1877 ist bestimmt, daß die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, deren Entscheidung in Gemäßheit des § 3 nach den Vorschriften der C. P. O. zu erfolgen hat, außer Kraft treten, soweit nicht in der C. P. O. auf sie verwiesen oder soweit nicht bestimmt ist, daß sie nicht berührt werden. Unberührt sollen aber nach § 15 bleiben: „2. Die landesgesetzlichen Vorschriften über ꝛc. das Verfahren bei Streitigkeiten, welche die Zwangsenteignung und die Entschädigung wegen derselben betreffen". Unter den hier aufrecht erhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften über das Verfahren sind auch die Bestimmungen über den Gerichtsstand inbegriffen, wie überdies in der amtlichen Begründung zu § 12 des Entwurfs (jetzt § 15) zu Nr. 2 Abs. 2 ausdrücklich gesagt wird. (offiz. Ausg. S. 486; Hahn, Materialien zur C. P. O. S. 503). Urtheil des Reichsgerichts v. 7. Juni 1882. S. A. Bd. 38 bez. 8 Nr. 166 S. 218. 219.

4. Für den Prozeß über die **Entschädigung im Enteignungsverfahren** gelten nach § 15 Nr. 2 des Einführungsgesetzes zur C. P. O. in erster Linie die Landesgesetze, wo solche aber fehlen, die Vorschriften der Civilprozeßordnung. Die Bestimmung des § 30 Abs. 1 des preuß. Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 ist nun zwar insofern eine prozessualische, als der Rechtsweg durch Nichteinhaltung der sechsmonatlichen Frist verschlossen wird. Dagegen ist in keiner landesrechtlichen Vorschrift ausgesprochen, daß ein Betheiligter, welcher rechtzeitig Klage erhebt, in dem

Digitized by Google

Prozesse eine andere rechtliche Stellung einnehmen soll, als sie die Civil prozeßordnung jedem Kläger zugewiesen hat. Mit der Beschreitung des Rechtsweges hat vielmehr der Kläger dem Gebote des § 30 a. a. O genügt. Die ihm als Kläger behufs Herbeiführung des richterlichen Urtheils obliegenden Pflichten und zustehenden Rechte richten sich lediglich nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung. Das gilt insbesonder auch von den Vorschriften über Ausdehnung des Klagantrags. Soweit § 240 C. P. O. eine solche Befugniß dem Kläger gewährt, steht sie ihm auch in dem gemäß § 30 des Enteignungsgesetzes eingeleiteten Prozesse zu. In der Ausdehnung des Klagantrags liegt nicht die Geltendmachung eines Rechtes nach Ablauf der Frist, sondern die Ausübung einer nach jetzigem Rechte jedem Kläger zustehenden prozessualischen Befugniß. (R. G. 14. I. 85.) R. C. XII. (74.) 300. 301.

Ziff. 5. 5. **Die gesetzlichen Bestimmungen des französischen Rechtes, bezüglich des im Klageweg zu stellenden Antrages auf Anordnung der Versteigerung auf Grund des Uebergebotes nach Art. 2183 ff. Code civil, sind nach § 1 Nr. 5 des Einführungsgesetzes zur C. P. O. insoweit aufrecht erhalten, als es sich um Zustellungen handelt.** Es kann daher, der Bestimmungen der Civilprozeßordnung ungeachtet, die Zustellung des klagweisen Antrages auf Versteigerung im Domizile des bestellten Anwaltes mit rechtlicher Wirksamkeit erfolgen. (R. G. 19. X. 83.) R. C. X. (90.) 307.

Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

§ 16.

§ 16.

Unberührt bleiben:

1. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache unter Ausschließung des Gegenbeweises oder bis zum Beweise des Gegentheils als gewiß anzusehen ist.

   Insoweit der Beweis des Gegentheils zulässig ist, kann dieser Beweis auch durch Eideszuschiebung nach Maßgabe der §§ 410 ff. der Civilprozeßordnung geführt werden.

Unberührt bleiben ferner:

2. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Beweiskraft der Beurkundung des bürgerlichen Standes in Ansehung der Erklärungen, welche über Geburten und Sterbefälle von den zur Anzeige gesetzlich verpflichteten Personen abgegeben werden;

   C. P. O. § 383. R. G. v. 6. Febr. 75 § 15.

3. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides;
4. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen in bestimmten Fällen einstweilige Verfügungen erlassen werden können;

   C. P. O. § 814.

5. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über das Verfahren bei Ehescheidungen auf Grund gegenseitiger Einwilligung;
6. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die auf einseitigen Antrag eines Ehegatten zu erlassenden gerichtlichen Rückkehr-, Aufnahme- und Besserungsbefehle, sowie über die als Vorbedingung einer Ehescheidung anzuordnenden Zwangsmaßregeln;
7. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Voraussetzungen der böslichen Verlassung, namentlich in Ansehung der Frist, welche seit der Entfernung des Beklagten verstrichen sein muß, sowie in Ansehung der Fälle, welche der böslichen Verlassung gleichgestellt sind;
8. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen eine bösliche Verlassung nicht schon deshalb als festgestellt angenommen werden darf, weil der Beklagte die in dem bürgerlichen Rechte vorgeschriebenen Rückkehrbefehle nicht befolgt hat.

Digitized by Google

S. hierüber bei § 15 ad R. C. VII. (121.) 400—402.

Ziff. 1. 1. Wenn § 673 Th. II Tit. 1 des Allgem. Landrechts eine prozeßrechtliche Vorschrift enthielte, in welcher Weise ein Ehebruch zu erweisen sei, so würde auf Grund des § 14 des Einführungsgesetzes zur R. C. P. O. anzunehmen sein, daß gedachter Paragraph außer Kraft getreten sei. Es ist aber anzunehmen, daß der bezügliche Paragraph mehr als eine rein prozeßrechtliche Vorschrift enthält. Mit Rücksicht auf die Schwierigkeit, den wirklich ausgeführten Ehebruch zu erweisen, hat nämlich der Gesetzgeber bestimmt, daß eine Ehescheidung auch schon dann zulässig ist, wenn ein unerlaubter Umgang, wodurch eine dringende Vermuthung der verletzten ehelichen Treue begründet wird, erwiesen wird. Wenn man diese Bestimmung nicht einfach als eine Anordnung des materiellen Rechts ansehen will, so müßte man sie dahin auffassen, daß bei feststehendem unerlaubten Umgange der erwähnten Art der Ehebruch bis zum Erweise des Gegentheils als gewiß anzusehen sei. In diesem Sinne sagt das Preußische Obertribunal in dem Urtheil vom 29. Juni 1868 (Entsch. Bd. 60 S. 166) einerseits: „Dem Ehebruch selbst wird nach § 673 l. c. ferner gleichgeachtet ein unerlaubter Umgang, wodurch eine dringende Vermuthung der verletzten ehelichen Treue begründet wird", und andererseits: „der § 673 l. c. erleichtert daher nur den Beweis des Ehebruchs, der vermuthet werden soll, wenn der unerlaubte Umgang von der Beschaffenheit gewesen ist, daß dadurch diese Vermuthung begründet wird". In einem Falle solcher Art, nämlich **wenn nach dem bürgerlichen Recht eine Thatsache** (z. B. nach Th. II Tit. 1 § 673 des Allg. Preuß. L. R. der Ehebruch) **bis zum Beweise des Gegentheils vermuthet wird, so bleiben nach § 16 des Einführungsgesetzes zur R. C. P. O. die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts auch im neuen Civilprozesse (Eheprozesse) unberührt.** (R. G. 7. IV. 81.) A. III. (154.) 544. 545.

2. **Der § 35 des sächs. B. G. B.'s gehört dem materiellen Rechte an;** er stellt eine gesetzliche Vermuthung im Sinne des § 16 Ziff. 1 des Einf.-Ges. zur C. P. O. auf und ist daher durch die Prozeßgesetzgebung nicht aufgehoben worden. (R. G. 17. II. 85.) R. C XIII. (5.) 7. 8.

3. **Fortdauernde Gültigkeit der Bestimmung der Preuß. Deklaration vom 21. Juni 1843** (daß zur Begründung der Alimentationsklage von Kindern gegen die Eltern nicht der Nachweis gehöre, daß die letzteren Vermögen besitzen) **gemäß der Bestimmung im § 16, 1 des Einf.-Ges. zur C. P. O.** (R. G. 11. VI. 85.) U. u. A. III (30) 60.

Ziff. 3. 4. Im Anschlusse an die Verordnung Justinian's l. ult. § 10 Cod. de jur. delib. 6, 30, und an einige andere singuläre Fälle des späteren römischen Rechtes ist zunächst von der italienischen Jurisprudenz und dann noch in erweitertem Maße von der gemeinen deutschen Doktrin und Praxis die heutige Lehre von dem Offenbarungseide ausgebildet worden. Wie bei der Art der Bildung dieser Lehre nicht auffallen kann, herrscht über die Voraussetzungen, die Normirung und die Folgen des Eides eine bedeutende Verschiedenheit der Meinung. Auch die Frage, in welchem Falle der Offenbarungseid im Verhältnisse von Miterben Platz greife, ist nach mehreren Richtungen kontrovers. **Das Reichsgericht hat sich der hauptsächlich in der deutschen Gerichtspraxis vertretenen Ansicht angeschlossen,** vgl. Seuffert, Archiv Bd. 2 Nr. 232, Bd. 8 Nr. 190, Bd. 12

Digitized by Google

Nr. 212. 346, Bd. 15 Nr. 261, Bd. 23 Nr. 189; Württembergisches Archiv Bd. 15 S. 410 fg.), **daß von dem Miterben der Offenbarungseid gefordert werden kann, wenn er im Besitze des Nachlasses sich befindet oder in einem solchen Verhältnisse zu dem Erblasser und seinem Vermögen gestanden hat, daß ihm leichte Gelegenheit gegeben war, Gegenstände des Nachlasses zu beseitigen.** Wie ein derartiges Verhältniß beschaffen sein müsse, ist augenscheinlich ein unbestimmtes und dehnbares Erforderniß. Angesichts dessen und der unleugbaren Thatsache, daß der Offenbarungseid nicht blos ein singuläres, sondern überhaupt ein ungewöhnliches Rechtsmittel ist, muß es geboten erscheinen, das fragliche Erforderniß streng auszulegen und es dementsprechend auf häusliche Gemeinschaft und analoge Verhältnisse zu beschränken. Diejenige Ausdehnung, welche von Wetzell, System § 28, und Anderen befürwortet wird, vermag das Reichsgericht nicht zu billigen. **Zur Rechtfertigung eines Offenbarungseides genügt es nicht, wenn der Erbe sich zur Todeszeit oder kurz nachher im Sterbehause des Erblassers aufgehalten hat.** Mit Recht hat schon Wach, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 7 S. 467, darauf aufmerksam gemacht, daß hierin Wetzell (System § 28 Note 28) jedenfalls zu weit gehe. In der That hieße es die durch die eigenthümliche Natur und die berechtigten Zwecke des Offenbarungseides gezogenen Grenzen weit überschreiten, wenn man schon die einfache „Anwesenheit" oder den weder in seiner Dauer, noch in seinem Zwecke, noch in seinen näheren Umständen substantiirten „Aufenthalt" im Sterbehause genügen ließe, um den Anspruch auf das außerordentliche Mittel jenes Eides zu rechtfertigen. (R. G. 13. II. 83.) R. C. VIII. (41.) 165. 166.

5. **Derjenige, welcher widerrechtlich Sachen aus einem Nachlasse in Besitz genommen und darauf einen am Nachlasse betheiligten Notherben beerbt hat, ist verpflichtet, bezüglich der in Besitz genommenen Nachlaßstücke den Offenbarungseid zu leisten.** Der § 28 A. G. O. I. 22, welcher durch § 16 Nr. 3 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung aufrecht erhalten ist, stellt eine allgemeine Regel über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides auf, während der folgende § 29 a. a. O. dazu einzelne nicht erschöpfende Fälle bezeichnet. Der Fall Nr. 3 des § 29 a. a. O. liegt unmittelbar hier nicht vor, da derselbe Erben bezeichnet, welche als solche sich im Sterbehause befunden oder nachher den Besitz der Erbschaft erworben haben. Ebensowenig findet Nr. 5 des § 29 a. a. O. Anwendung, welche den Offenbarungseid nur auf die Angabe des Ortes bezieht, wo die fortgeschaffte Sache hingekommen ist. Die Entscheidung ist allein aus der Regel des § 28 a. a. O. herzuleiten und hierbei auf die Nr. 3 des § 29 nur als Bestätigung dessen hinzuweisen, was als Inhalt jener Regel festgestellt wird. Der § 28 a. a. O. läßt die Forderung des Offenbarungseides unter gewissen Voraussetzungen zu, bestimmt aber nicht die Fälle, in denen diese Voraussetzungen zutreffen, und diese Fälle sind dem anderweitigen bürgerlichen Rechte zu entnehmen. Der Besitz von fremden Sachen, sei es auch eines Inbegriffes oder eines Theiles eines Inbegriffes von Sachen, genügt für sich allein noch nicht, die Pflicht zur Anzeige der besessenen Sachen aufzuerlegen, und im allgemeinen ändert hieran nichts der Umstand, daß der Besitz der fremden Sachen widerrechtlich ergriffen ist. In Fällen dieser Art steht dem Eigenthümer

Digitized by Google

nur die Vindikation zu, und diese erfordert seitens des Klägers die spezielle Angabe der in Anspruch genommenen Gegenstände, sodaß von einer Verpflichtung des Gegners zur Anzeige der in seinem Besitze befindlichen Gegenstände nicht die Rede ist. Im vorliegenden Falle treten aber Momente hinzu, welche zu anderen Rechtsfolgen führen. Hat sich eine Person nicht nur in den Besitz von Nachlaßstücken gesetzt, sondern ist auch Erbe eines Erben geworden, so hat sie als solche die Pflichten eines Miterben zu erfüllen, und eine dieser Pflichten besteht darin, zur Ausmittelung des gemeinschaftlichen Nachlasses mitzuwirken, insoweit nach den Umständen seine Mitwirkung hierzu erforderlich ist. Diese Pflicht ist es auch, welche der Vorschrift der Nr. 3 des § 29 a. a. O. zu Grunde liegt, und dieselbe würde, wenn sie zu der Zeit, als sie den Nachlaß angriff, schon Miterbe gewesen wäre, verbunden gewesen sein, zur Konstituirung des Nachlasses dadurch mitzuwirken, daß sie die von ihr angeeigneten oder beseitigten Nachlaßstücke anzeigte und auf Erfordern den Offenbarungseid leistete. Es ist aber kein Grund abzusehen, weßhalb jemand, welcher Erbe eines Miterben geworden ist und in dieser Eigenschaft die Pflicht überkommen hat, zur Konstituirung des Nachlasses nach Erforderniß mitzuwirken, nicht verpflichtet sein sollte, die vor seinem Eintritte als Erbeserbe an sich genommenen Nachlaßstücke anzuzeigen. Gegenstand der Anzeigepflicht sind die in Besitz genommenen Sachen allgemein. Erheblich ist nur, ob und welche Sachen der Interessent einer Nachlaßtheilung an sich genommen hat, und gleichgültig, ob er dies vor oder nach dem Eintritte als Erbeserbe gethan hat. Es kommt nur darauf an, daß er zur Zeit der Theilung, an welcher er gleich den unmittelbaren Erben partizipiert, als Besitzer von Nachlaßstücken anzusehen ist, und er muß solche Stücke anzeigen, weil dies zur Ausmittelung des Nachlasses nothwendig ist. Diese Anzeigepflicht zieht aber zufolge der Bestimmung des § 28 a. a. O. die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides nach sich. (R. G. 21. V. 83.) R. C. IX. (72) 269—271.

6. **Die Formel des Offenbarungseides muß der dem Prozeßgerichte zustehenden vorgängigen Entscheidung des Streites angepaßt und schon deßhalb durch das Prozeßgericht festgestellt werden. — Auch die Ableistung des judicatmäßigen Offenbarungseides hat, als ein Akt des unter den Parteien über den Bestand des herauszugebenden Vermögens obwaltenden Rechtsstreites, vor dem Prozeßgerichte stattzufinden, sofern die Abnahme desselben nicht landesgesetzlich** (§ 15 Nr. 3, § 16 Nr. 3 des Einf.-Ges. zur C. P. O.) **einer anderen Stelle überwiesen ist.** (R. G. 2. V. 84.) R. C. XI. (104) 397. A. X. (99) 414.

7. **Der Offenbarungseid kann auch von dem seinen Pflichttheil oder dessen Ergänzung fordernden Notherben benutzt werden.** Sind die übrigen Voraussetzungen des Eides erfüllt, so wird man nicht blos dem seinen Erbtheil verlangenden Miterben, sondern auch dem seinen Pflichttheil oder dessen Ergänzung fordernden Notherben den Rechtsbehelf des Offenbarungseides gestatten müssen. Dies erkennt Strippelmann, Gerichtseid S. 397 Nr. 78, ausdrücklich an, ebenso v. Düring, Magazin für [illegible]sches Recht Bd. 2 S. 43; geleugnet wird es von Renaud, Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft Bd. 8, S. 147, jedoch auf nicht genügfertigte Weise. Denn Renaud's Grund, daß die l. ult. § 10

Digitized by Google

Cod. 6, 30 den Offenbarungseid nur gegenüber dem Erben gestatte, de selbst zur Erlangung gewisser Vortheile auf das Erbschaftsinventar sic berufen, ist schon vom Standpunkte der justinianischen Verordnung au zweifelhaft, jedenfalls paßt er nicht mehr zu der Entwickelung, welche de Offenbarungseid späterhin erhalten hat. **Der Unterschied, welcher zwische einer Erbschafts- und einer Pflichttheilsergänzungsklage besteht, ist ein gar nebensächlicher,** der wesentliche Zweck aber, welcher dem Offenbarungseid zu Grunde liegt — Feststellung der Nachlaßmasse mittels eines unte leichteren Bedingungen stehenden Eides —, hat für beide Klagen offenbc die gleiche Bedeutung (R. G. 13. II. 83.) R. C. VIII (41) 164. 16

Ziff. 4. S. hierüber einen Fall in § 584 der R. C. P. O. a R. C. VIII. (81.) 312.

§ 17.

§ 17.

Die Beweiskraft eines Schuldscheins oder einer Quittung ist an den Ablа einer Zeitfrist nicht gebunden.

Abweichende Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die zur Eintragung das Grund- und Hypothekenbuch bestimmten Schuldurkunden bleiben unberührt, sow sie die Verfolgung des dinglichen Rechts betreffen.

S. hierüber bei § 15 ad R. C. VII. (121) 400—402.

Uebergangsbestimmungen.

(§§ 18—23.)

§ 18.

§ 18.

Auf die Erledigung der vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung anhän gewordenen Prozesse finden bis zur rechtskräftigen Entscheidung die bisherigen Proz gesetze Anwendung.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, die Civilprozeßordnung auf die dem Inkrafttreten derselben anhängig gewordenen Prozesse für anwendbar zu erklä und zu dem Zwecke Uebergangsbestimmungen zu erlassen.

1. Es liegt in der Natur der Sache, daß ein neues Proze gesetz, als dem öffentlichen Rechte angehörig, sofort die zur Zeit sein Erlasses anhängigen Prozesse ergreift, wenn auch mit der in Nov. 1 pr. und cap. 1 ausgesprochenen Beschränkung, daß ein in der Berufung instanz schwebender Rechtsstreit nach dem Rechte zu beurtheilen ist, welc bei Erlaß des angefochtenen Erkenntnisses galt. Dieser Grundsatz ist den Uebergangsbestimmungen zu der Reichscivilprozeß- und Konkurso nung aus Zweckmäßigkeitsgründen verlassen worden. Nach den §§ und 21 des Einführungsgesetzes zur ersteren und dem § 8 des Einf rungsgesetzes zur letzteren finden auf die Erledigung der vor dem T des Inkrafttretens jener Gesetze anhängig gewordenen Prozesse, Zwan vollstreckungen und Konkurse die bisherigen Gesetze Anwendung, vorbeh lich anderweiter Bestimmungen der Landesgesetze. **Es unterliegt kei Zweifel, daß die reichsgesetzlich aufrecht erhaltenen Vorschriften der herigen Prozeßgesetze nicht blos das prozessualische Verfahren im engs Sinne, sondern zugleich das materielle Prozeßrecht in sich begreifen in diesem Umfange das Verfahren im Sinne jener Einführungsgesetze ein untheilbares Ganzes anzusehen ist.** Das hessische Ausführungsg zur Reichscivilprozeß- und Konkursordnung vom 4. Juni 1879 hat zwar, von dem erwähnten Vorbehalt Gebrauch machend, in den Arti 73—85 angeordnet, daß die bei dem Inkrafttreten der Civilprozeß nung anhängigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, von besonderen V nahmen abgesehen, nach den Vorschriften des neuen Prozeßgesetzes we

Digitized by Google

behandelt werden sollen, bezüglich der anhängigen Zwangsvollstreckungen und Konkurssachen aber in den Artikeln 86 und 88 bestimmt, daß solche nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen seien. Nur für die fernere Behandlung der aus Anlaß eines Konkurses entstandenen besonderen Rechtsstreitigkeiten (Liquidations-, Prioritätsprozesse 2c.) gelten die für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten getroffenen Bestimmungen. (R. G. 20. X. 82.) R. C. VIII. (28.) 115. 116.

2. **Auch das schiedsrichterliche Verfahren gehört zu den durch die Civilprozeßordnung geregelten Prozessen.** (R. G. 21. X. 85.) R. C. XV. (93.) 359.

3. **Die Revision kann auf Verletzung von prozeßrechtlichen Vorschriften von Landesgesetzen gestützt werden, welche nach §§ 14. 18 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung zwar mit dem 1. Oktober 1879 für die nach der Civilprozeßordnung zu entscheidenden Rechtsstreitigkeiten außer Kraft getreten sind, aber auf die Erledigung des vor dem 1. Oktober 1879 anhängig gewordenen Prozesses bis zu dessen rechtskräftiger Entscheidung Anwendung finden.** (R. G. 1. VII. 82.) R. C. VII. (112.) 364 ff.

§ 19. **§ 19.**

Rechtskräftig im Sinne dieses Gesetzes sind Endurtheile, welche mit einem ordentlichen Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden können.

Als ordentliche Rechtsmittel im Sinne des vorstehenden Absatzes sind diejenigen Rechtsmittel anzusehen, welche an eine von dem Tage der Verkündung oder Zustellung des Urtheils laufende Nothfrist gebunden sind.

C. P. O. § 645.

§ 20. **§ 20.**

Gegen Endurtheile, welche vor dem Tage des Inkrafttretens der Civilprozeßordnung die Rechtskraft erlangt haben, sowie gegen Endurtheile, welche in den vor diesem Tage anhängig gewordenen Prozessen nach demselben die Rechtskraft erlangen, finden als außerordentliche Rechtsmittel nur die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung statt.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, zu bestimmen, in welcher Instanz die Klagen gegen solche Endurtheile zu erheben sind.

C. P. O. § 547.

1. Der § 20 des Einführungsgesetzes besagt, daß gegen vor dem 1. Oktober 1879 rechtskräftig gewordene Endurtheile nur die Nichtigkeits- und Restitutionsklage nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung als außerordentliche Rechtsmittel stattfinden. **Hiermit ist ausgesprochen, daß die Restitutionsklage auch gegen in früherem Jahren rechtskräftig gewordene Urtheile lediglich so, wie sie in der Civilprozeßordnung geordnet ist, stattfinde. Auf die Restitutionsklagen gegen vor dem 1. Oktober 1879 rechtskräftig gewordene Urtheile sind sonach nicht die früheren Bestimmungen über die Dauer einer Restitutionsklage anwendbar.** (R. G. 2. VI. 83.) R. C. IX. (105). 358—360.

2. Wenn der § 20 des E. G. z. R. C. P. O. bestimmt, gegen Endurtheile in den vor dem Inkrafttreten der R. C. P. O. anhängig gewordenen Prozesse solle als außerordentliches Rechtsmittel nur die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage nach den Vorschriften der R. C. P. O. statthaben, so ist **hiermit klar ausgedrückt, daß derartige Endurtheile fortan nicht mehr durch Klagen angefochten werden können, welche dem nämlichen Zwecke dienen, wie die Nichtigkeits- und die Restitu-**

Digitized by Google

tionsklage, für welche jedoch (anlangend die Befristung der Klage, d Form der Klagerhebung, den Gerichtsstand ꝛc.) **andere prozessuale Regel gelten.** (R. G. 10. VI. 81.) A. IV. (47.) 166.

3. Für Preußen ist nach § 20 Abs. 2 des Einführungsgesetzes z C. P. O. durch § 12 des preußischen Gesetzes, betreffend die Uebe gangsbestimmungen ꝛc. vom 31. März 1879, geordnet worden, in welch Instanz die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage gegen solche Endurthei zu erheben sind, welche vor dem 1. Oktober 1879 oder nach demselb in den vor diesem Tage anhängig gewordenen Prozessen die Rechtskra erlangt haben oder erlangen. Der § 12 a. a. O. entspricht dem § 54 C. P. O. Beide Paragraphen regeln die Zuständigkeit nach dem Urtheil welches angefochten wird, bestimmen aber nicht, welches Urtheil als d rechtskräftige anzufechten ist, wenn in dem früheren Verfahren der I stanzenzug erschöpft worden ist. Die Frage ist daher aus dem Syste der Prozeßordnung zu beantworten, nach welcher der frühere Rechtsstr verhandelt worden ist. S. hierüber bei § 543 Nr. 7 b. (R. G. 2 XII. 85.) R. C. XV. (106.) 388. 389.

4. **Die (Sächsische) Schädenklage der durch fälschliche Ableistung ein rechtskräftigen Schiedseides verletzten Partei kann nach der Bestimmung d § 20 E. G. z. R. C. P. O. nur mehr als Restitutionsklage angeste werden.** (R. G. 10. VI. 81.) A. IV. (47.) 165.

§ 21.

§ 21.

Eine vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung anhängig gewordene Zwang vollstreckung ist nach den bisherigen Prozeßgesetzen zu erledigen.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, die Civilprozeßordnung auf die v dem Inkrafttreten derselben anhängig gewordenen Zwangsvollstreckungen für anwer bar zu erklären und zu dem Zwecke Uebergangsbestimmungen zu erlassen.

1. S. hierüber bei § 18. E. G. ad R. C. VIII. (28.) 115. 11

2. Gemäß der §§ 18 Abs. 1, 21 Abs. 1 des Einführungsgesetz zur deutschen Civilprozeßordnung und § 8 Abs. 1 des Einführungsgesetz zur deutschen Konkursordnung sind für anhängige Prozesse, Zwangsvo streckungen und Konkurse die bisherigen Prozeßgesetze maßgebend. Zw wurde es der Landesgesetzgebung vorbehalten, die deutsche Civilproze ordnung und Konkursordnung auch auf die vor dem Inkrafttreten d selben anhängig gewordenen Prozesse, Zwangsvollstreckungen und Konku für anwendbar zu erklären und zu dem Zwecke Uebergangsbestimmung zu erlassen; von diesem Vorbehalt hat aber die bayerische Landesgese gebung keinen Gebrauch gemacht, sondern sich darauf beschränkt, die Ze punkte zu bestimmen, nach welchen eine Sache als im bisherigen Proze verfahren anhängig betrachtet werden soll. Anlangend insbesondere Zwangsvollstreckungen, so schreibt § 21 Abs. 1 des Einführungsgesetz zur deutschen Civilprozeßordnung vor, daß eine vor dem Inkrafttret derselben anhängig gewordene Zwangsvollstreckung nach den bisherig Prozeßgesetzen zu erledigen ist, und nach Art. 230 Ziff. 2 des bayerisch Ausführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung und Konkursordnung speziell im Falle des Arrestes auf Forderungen die Anhängigkeit ein solchen Vollstreckungssache als eingetreten vor dem Inkrafttreten d deutschen Civilprozeßordnung dann anzunehmen, wenn vor dieser Zeit Arrestanlegungsurkunde dem Drittschuldner zugestellt ist. In einem solch Falle muß die Zwangsvollstreckung bis zu ihrer Erledigung nach d

Digitized by Google

bisherigen Prozeßgesetzen durchgeführt werden, und wird die Anwendbarkeit des älteren Gesetzes dadurch nicht beseitigt, daß die zur Erledigung einer Zwangsvollstreckung nothwendigen Handlungen in die Zeit des Inkrafttretens der neuen Prozeßgesetzgebung fallen. Ausnahmsbestimmungen hinsichtlich des einen oder anderen nach bayerischem Prozeßrechte zulässigen Vollstreckungsmittels sind im Ausführungsgesetze nicht getroffen, **jede der anhängig gewordenen Vollstreckungsarten wird ihrem ganzen Umfange nach von den bisherigen Prozeßvorschriften beherrscht, und davon sind auch jene Vorschriften nicht ausgeschlossen, welche die bayerische Prozeßordnung im 34. Hauptstücke über die Zulässigkeit des Forderungsarrestes aufstellt.** Unter den letzteren Vorschriften ist aber auch die Bestimmung des Art. 967 Ziff. 1 über die Zulässigkeit des Arrestes auf die Dienstbezüge der Staatsbediensteten in den dort aufgestellten Beschränkungen begriffen, auch diese Bestimmung bildet innerhalb eines anhängigen Vollstreckungsverfahrens bis zur Erledigung desselben das geltende Recht; denn auch sie fällt unter die ausnahmslos feststehende Regel, daß eine vor dem Inkrafttreten der deutschen Civilprozeßordnung anhängig gewordene Zwangsvollstreckung nach den bisherigen Prozeßgesetzen zu erledigen ist. — Ebenso verhält es sich bei anhängigen Konkursprozessen. — Allerdings beschränkt die deutsche Civilprozeßordnung in § 749 den Zugriff der Gläubiger in das Diensteinkommen der Beamten auf geringere Gehaltsabzüge, als dies durch Art. 967 der bayerischen Prozeßordnung geschieht; auch kann zugegeben werden, daß solchen im Interesse des öffentlichen Dienstes gegebenen Rechtsvorschriften die Eigenschaft eines zwingenden Gesetzes zukommt; allein die verbindende Kraft des Gesetzes bemißt sich nicht nach der Unterscheidung zwischen Prohibitiv- und Dispositivbestimmungen, sondern nach den zeitlichen und räumlichen Grenzen, mit welchen der Gesetzgeber das neue Gesetz einführt. Bei einer Gesetzgebung, welche gemäß ihrer Einführungsbestimmungen die alten und neuen Prozeduren neben einander laufen läßt und die anhängigen Sachen nach den bisherigen Prozeßgesetzen zu Ende geführt wissen will, geht es in Fällen der letzteren Art nicht an, neues Recht an Stelle des alten zu setzen oder die neuen und alten Gesetze vermischt anzuwenden. (B. O. L. 14. V. 80.) S. VIII. (151.) 415—417.

3. Zu der Gesammtheit aller derjenigen Prozeßhandlungen, welche den bisherigen Prozeßvorschriften vorbehalten bleiben, die zur Durchführung einer bereits vor dem 1. October 1879 begonnenen Vollstreckung erforderlich sind, gehören auch jene, welche **die Entscheidung eines Rechtsstreites, der sich im Laufe des Vollstreckungsverfahrens dadurch ergibt, daß ein Dritter Rechte auf das Vollstreckungsobject geltend macht,** zum Gegenstande haben. Denn die Erledigung solcher Ansprüche bezielt die Aufhebung der Beschlagnahme, stellt also die Fortsetzung und Durchführung des Vollstreckungsverfahrens selbst in Frage, und gehören somit alle diejenigen Prozeßhandlungen, welche die Entscheidung dieser Frage zum Gegenstande haben, zum Vollstreckungsverfahren selbst. Die Widerspruchsklage und die durch dieselbe veranlaßten Prozeßhandlungen bilden nach Maßgabe der bayerischen Prozeßordnung einen Bestandtheil des Vollstreckungsverfahrens, und dies ist auch der Grund, warum sie bei dem Vollstreckungsgerichte anzubringen ist und die besonderen Bestimmungen

Digitized by Google

über dieselbe unter die allgemeinen Bestimmungen über das Vollstreckungsverfahren in der Prozeßordnung aufgenommen sind. (Vgl. diese Sammlung Bd. III S. 578, Bd. IV S. 819 a. E., Bd. VI S. 319.) (B. O. L. 15. XI. 81.) S. IX. (109.) 347—351.

4. **Für das Verfahren in einem, durch eine auf Grund der älteren Prozeßgesetze erfolgte Beschlagnahme einer unbeweglichen Sache nach dem 30. September 1879 entstandenen Zwischenstreite bleibt die Bayerische Prozeßordnung vom Jahre 1869 maßgebend.** (B. O. L. 10. VII. 82.) S. IX. (222.) 656—660.

§ 22. § 22.

Aus einer vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung aufgenommenen Urkunde, aus welcher nach den bisherigen Gesetzen die Zwangsvollstreckung zulässig ist, findet dieselbe auch nach dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung statt, jedoch nur innerhalb des Rechtsgebietes, in welchem die ihre Zulässigkeit bedingenden Gesetze gegolten haben, sofern nicht die Urkunde den Erfordernissen der Civilprozeßordnung entspricht.

C. P. O. § 702 Nr. 5.

§ 23. § 23.

Insoweit Pfand- oder Vorzugsrechte, welche vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung auf Grund eines Vertrags, einer letztwilligen Anordnung oder einer richterlichen Verfügung erworben oder in Bankstatuten den Banknoteninhabern rechtsgültig zugesichert sind, gegenüber einem Pfandrechte, welches durch eine nach dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung bewirkte Pfändung begründet wird, zufolge des § 709 Abs. 2 der Civilprozeßordnung ihre Wirksamkeit verlieren würden, kann die Landesgesetzgebung für die Forderung des Berechtigten das bisherige Vorrecht gewähren.

Das Vorrecht kann nicht gewährt werden gegen eine zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung bewirkte Pfändung, wenn nicht das Vorrecht dadurch erhalten wird, daß dasselbe bis zum Ablaufe der zwei Jahre zur Eintragung in ein öffentliches Register vorschriftsmäßig angemeldet ist. Der Erlaß von Vorschriften über die Einrichtung solcher Register, sowie über die Anmeldung und Eintragung der Forderungen bleibt der Landesgesetzgebung vorbehalten.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf ein gesetzliches Pfand- oder Vorzugsrecht der Ehefrau des Schuldners für Forderungen, welche vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung entstanden sind, entsprechende Anwendung.

Einf. G. z. K. O. §§ 12, 13.

1. **Das im § 23 des E. G. zur C. P. O. gestattete landesgesetzliche Vorrecht der vor dem 1. Oktober 1879 entstandenen Pfand- oder Vorzugsrechte findet nicht statt, wenn der Schuldner sich im Konkurs befindet.** (Vgl. § 12 des E. G. zur K. O.) Dem § 23 des E. G. zur C. P. O., wie dem § 12 des E. G. zur K. O., liegt die Absicht zum Grunde, bei der Beseitigung bisher vom Rechte anerkannter Pfand- oder Vorzugsrechte auf die beim Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze bereits bestehenden Rechte dieser Art schonende Rücksicht zu nehmen und zu diesem Zwecke der Landesgesetzgebung in gewissen Schranken die Beibehaltung des bisherigen Vorrechtes zu gestatten. Gänzlich fremd ist dagegen diesen Bestimmungen die Absicht, das bisherige Vorrecht noch zu erweitern. Zu einer Erweiterung der Wirksamkeit der vor dem 1. Oktober 1879 entstandenen Vertragspfandrechte würde aber der angeführte § 23 führen, wenn man ihn dahin zu verstehen hätte, daß die Landesgesetzgebung diesen Pfandrechten auch für den Fall des Konkurses das Vorrecht vor den nach dem 1. Oktober durch Pfändung entstandenen Pfandrechten beilegen dürfe. Hierdurch würden gedachte Vertragspfandgläubiger, obwohl sie nach bisherigem, wie nach neuem Rechte zu den Konkursgläubigern gehören, that-

Digitized by Google

sächlich in die günstigere Lage absonderungsberechtigter Gläubiger versetzt werden. Wenn sie den Pfändungspfandgläubigern vorgehen, diese aber mit Ausschluß der Konkursgläubiger aus dem gepfändeten Gegenstande abgesonderte Befriedigung erlangen, würden auch erstere allen Konkursgläubigern vorgehen, sogar den im § 54 der K. O. unter Nr. 1—5 aufgeführten, welche jenen nach bisherigem Rechte vorgingen. Diese Begünstigung der älteren Vertragspfandrechte zum Nachtheile der Konkursgläubiger würde um so auffälliger erscheinen, wenn man das durch § 23 gestattete Vorrecht dahin verstehen müßte, daß nur der nach Befriedigung des Pfändungspfandgläubigers und des ihm vorgehenden Vertragspfandgläubigers vom Erlöse des gepfändeten Gegenstandes verbleibende Ueberschuß zur Konkursmasse abzuliefern wäre. Eine solche Begünstigung einer Klasse von Konkursgläubigern vor den übrigen würde man, da sie dem Geiste der neuen Concursordnung durchaus widerstreitet, nur dann als vom Gesetzgeber gewollt betrachten können, wenn sie in unzweideutiger Weise im Gesetze vorgeschrieben worden wäre; dies ist aber keineswegs der Fall. Der § 23 regelt nur das Verhältniß des älteren Vertragspfandgläubigers zum jüngeren Pfändungsgläubiger. Ueber das Verhältniß derselben zu den Konkursgläubigern im Falle der Konkurseröffnung ist nichts bestimmt. Auch aus den Verhandlungen der Reichstagskommission, durch welche die Aufnahme des § 23 in das Einführungsgesetz zur Civilprozeßordnung veranlaßt worden ist, geht nicht hervor, daß man durch Aufnahme desselben in das Konkursrecht einzugreifen beabsichtigt habe. Vielmehr wurde man von der Erwägung geleitet, daß es sich empfehle, die Gläubiger gegenüber einer Einzelexecution mit derselben Rücksicht zu behandeln, wie im Falle eines Konkurses. Man wollte nicht den Fall des Konkurses regeln, sondern den Fall der Einzelexekution nach dem Vorbilde des § 12 des E. G. zur K. O. Muß man hiernach annehmen, daß § 23 des E. G. zur C. P. O. über den Fall des Konkurses weder verfügt hat, noch verfügen sollte, so bleiben als einzige Normen für diesen Fall die Konkursordnung und das Einführungsgesetz zu derselben übrig, aus welchem eine Ermächtigung der Landesgesetzgebung zur Gestattung von Vorrechten vor Absonderungsrechten nicht hergeleitet werden kann. (R. G. 6. X. 80.) R. C. II. (25.) 95—97. A. II. (113.) 500. 501.

Digitized by Google

II. Reichscivilprozeßordnung.

Vom 30. Januar 1877.

(R. G. Bl. 1877 S. 83.)

Erstes Buch.

Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt.

Gerichte.

Erster Titel.

Sachliche Zuständigkeit der Gerichte.

§ 1.

§ 1.

Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte wird durch das Gesetz über die Gerichtsverfassung bestimmt.

G. V. G. §§ 23, 24, 70, 71, 101, 123, 135, 158, 160. E. G. z. G. V. G. § 8. C. P. O. §§ 448, 571, 494, 606, 617, 629, 684, 799, 820, 834.

Bei Beurtheilung der Zuständigkeit ist der Inhalt der Klageschrift zu Grunde zu legen. (R. G. 2. V. 83.) R. C. X. (107) 350.

§ 2.

§ 2.

Insoweit nach dem Gesetze über die Gerichtsverfassung die Zuständigkeit der Gerichte von dem Werthe des Streitgegenstandes abhängt, kommen die nachfolgenden Vorschriften zur Anwendung.

G. V. G. §§ 23, 70. C. P. O. § 508 Abs. 2, § 649 Nr. 4. K. O. § 136. Ger. K. G. §§ 9—17.

Werth des Streitgegenstandes.

§ 3.

§ 3.

Der Werth des Streitgegenstandes wird von dem Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt; dasselbe kann eine beantragte Beweisaufnahme sowie von Amtswegen die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

§§ 259, 260, 135.

1. Der § 3 hat dem § 6 gegenüber nicht den Sinn, daß das Gericht nach Befinden den Grundsatz des § 6 bei der Werthschätzung des Streitgegenstandes umgehen könnte, sondern nur, daß das Gericht den Werth der herauszugebenden Sache festzustellen hat. Entsch. des R. G. vom 10. Juli 1880.

2. Bei der negatorischen Klage gilt die Höhe des Interesses, welches der Kläger auf Beseitigung des Eingriffs des Verklagten in sein Eigenthum hat, als Streitgegenstand. Entsch. vom 18. Januar 1881.

3. **Wenn gegen den die Entschädigung für ein enteignetes Grundstück**

Digitized by Google

festsetzenden Beschluß der Regierung nur von dem Expropriaten auf Grund des § 30 des preußischen Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 der Rechtsweg beschritten wird, so besteht der Werth des Streitgegenstandes in der Differenz zwischen der von der Regierung festgesetzten Summe und derjenigen höheren Summe, welche der Expropriat klagend gefordert, oder welche sich, wenn er eine bestimmte Summe nicht verlangt hat, nach Lage der Sache ergibt und vom Gerichte festzusetzen ist. (R. G. 26. IV. 81.) R. C. IV. (107.) 386—390. A. III. (174.) 622—624.

4. **Bei einem Entschädigungsanspruche aus der Störung eines Bewässerungsrechtes bildet nur der hierfür angesetzte Geldbetrag, nicht der Werth des Rechtes selbst, mag sich auch über dessen Existenz und Umfang in den Entscheidungsgründen der Urtheile verbreitet worden sein, den Streit- und bezw. Beschwerdegegenstand.** (B. O. L. 14. III. 84.) S. X. (133.) 360.

5. **Werthbemessung des Streit- und Beschwerdegegenstandes, bestehend in der Befugniß Fischereiberechtigter, an einem bestimmten Platze des Flusses zu fischen, aber dort zu diesem Behufe das Ufer zu betreten.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 23. Januar 1886. S. Bd. XI. Nr. 114 S. 313.

6. **Der Werth des Streitgegenstandes bestimmt sich bei einstweiligen Verfügungen nicht schlechtweg nach dem Werthe des Gegenstandes des Hauptstreites.** (Vgl. Bd. 15 Nr. 130 S. 434.). (R. G. 13. V. 86.) R. C. XVI. (75.) 333.

7. **Die Streitsumme bei Ansprüchen aus Art. 61 des H. G. B. (wegen vorzeitiger Entlassung) entspricht im Zweifel dem Betrag des vierteljährigen Gehaltes des entlassenen Handlungsgehülfen.** (R. G. 8. IV. 81.) A. III. (144.) 522.

8. Schätzung des Vereinsinteresses bei einer **Klage auf Herausgabe von Handelsbüchern.** (R. G. 22. X. 80.) R. C. II. (115.) 404.

9. Bei einer **Klage auf Herausgabe von Urkunden** sind bei Berechnung des Werthes des Streitgegenstandes die Kosten zu Grunde zu legen, welche z. B. damit verbunden sind, daß der Kläger die fraglichen Urkunden anstatt in seiner Wohnung bei einem Dritten einsehen und daß er, falls er persönlich hierzu nicht Zeit haben sollte, zu diesem Zwecke und zu etwaiger Fertigung von Abschriften einen Mandatar aufstellen muß. (B. O. L. 28. II. 81.) S. IX. (20.) 62.

10. **Schätzung eines Vermögensinteresses bei der Klage einer Genossenschaft auf Herausgabe ihrer Geschäftsbücher.** (R. G. 17. XII. 80.) R. C. III. (29.) 96.

11. **Bei Gelegenheit einer auf Herabsetzung des festgesetzten Streitgegenstandswerthes gerichteten Beschwerde darf das Beschwerdegericht diesen Werth von Amts wegen nicht noch höher festsetzen.** S. hierüber bei § 531 ad (R. G. 14. III. 85.) R. C. XIV. (100.) 352—354.

12. **Gegen einen zur Festsetzung des Werthes des Streitgegenstandes ergangenen Beschluß ist auch einem betheiligten Rechtsanwalte Beschwerdeführung gestattet.** (B. O. L. 10. VII. 84.) S. X. (181.) 496.

§ 4. **§ 4.**

Für die Werthsberechnung ist der Zeitpunkt der Erhebung der Klage entscheidend; Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten bleiben unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden.

Digitized by Google

§§ 230. 235. 254. 460 f. 471.

1. Nach § 4 ist für die Werthsberechnung der Zeitpunkt der Erhebung der Klage maßgebend, und **wann die Klage als erhoben gilt**, bestimmen die §§ 230. 460 der C. P. O. (R. G. 5. V. 82.) R. C. VII. (108.) 356.

2. Für die Frage nach der Zuständigkeit eines Gerichts ist auf die vom Beklagten auf die Klage abgegebenen Erklärungen, gleichviel ob dieselben als unbestritten oder als bestritten gelten müssen, kein Gewicht zu legen, es ist vielmehr lediglich der Inhalt der dem Beklagten zugestellten Klaganträge maßgebend, weil nach § 4 der C. P. O. für die Berechnung des Werthes des Streitgegenstandes, soweit nach dem Gesetze über die Gerichtsverfassung die Zuständigkeit der Gerichte hiervon abhängt, der Zeitpunkt der Erhebung der Klage, welche durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgt (§ 230), entscheidend ist, und weil nach § 235 Ziff. 2 der C. P. O. die Zuständigkeit des Prozeßgerichtes durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände, abgesehen von der Ausnahme des § 467 der C. P. O., nicht berührt wird, somit namentlich **darauf kein Gewicht gelegt werden** kann, **ob der Beklagte den erhobenen Anspruch theilweise eingeräumt hat und dadurch der Werth des Streitgegenstandes unter die für die Zuständigkeit des Landgerichts maßgebende Summe herabgemindert wird.** (R. G. 18. I. 81.) R. C. III. (110.) 392.

3. **Eine Veränderung im Werth des Streitgegenstandes während des Prozesses bleibt außer Betracht.** Nach § 4 ist für die Werthsberechnung der Zeitpunkt der Erhebung der Klage entscheidend und ist es deßhalb für die Zulässigkeit des Rechtsmittels ohne Einfluß, wenn der Werth des Streitgegenstandes im Lauf des Prozesses sich erhöht oder vermindert hat. Urtheil des Reichsgerichts vom 22. Juni 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 335 S. 476.

4. **Streitgegenstand bei der Klage auf Erfüllung eines Vorkaufsrechts. Der prinzipale Klagantrag entscheidet.** Beschluß des Reichsgerichts vom 28. September 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 322 S. 461.

5. Der Werth des Streitgegenstandes wird **bei Prozessen aus dem Reichsanfechtungsgesetz** vom 21. Juli 1879 (§§ I. 7 al. 1) nur durch den Werth der Forderung gebildet, deren Sicherung der Anfechtungskläger durch seine Klage bezweckt, nicht durch den Werth des Gegenstandes, den er durch die Anfechtung Zwecks seiner Befriedigung aus der Vermögensmasse seines Schuldners heranziehen will, noch weniger durch das Interesse des Anfechtungsbeklagten an diesem Gegenstand. Entsch. vom 10. November 1882.

6. **Darüber, wie der Werth des Streitgegenstandes zu bestimmen ist, wenn negatorisch wegen Störung des Eigenthums geklagt wird,** s. § 6 ad (R. G. 18. XII. 80.) R. C. IV. (100.) 365—367.

7. **Werth des Streitgegenstands bei einer negativen Feststellungsklage.** Der Werth des Streitgegenstands bestimmt sich nicht danach, welcher Theil der klägerischen Behauptungen im Einzelnen vom Beklagten zugestanden oder bestritten wird, sondern nur nach dem Klagantrag im Ganzen. Ein allgemein gefaßtes Gesuch um die negative Feststellung, daß der Beklagte keinerlei Anspruch an den Kläger habe, erhält aber seine nähere Bestimmung erst durch die Angabe, welche von dem Be-

Digitized by Google

klagten erhobenen Ansprüche den Kläger zu diesem Antrag veranlaßt haben; wollte man dies nicht annehmen, so müßte man folgerichtiger Weise dahin gelangen, den Werth des Streitgegenstands für unendlich groß zu erklären, weil der Kläger dem Wortlaut zufolge die Negation aller denkbaren Ansprüche verlangt. Beschluß des Reichsgerichts vom 23. Mai 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 243 S. 339.

8. **Streitwerth bei einer Klage auf Feststellung einer Entschädigungspflicht.** Mit Feststellung der bestrittenen Entschädigungspflicht ist noch nicht die geforderte Summe zuerkannt, deren Höhe kann vielmehr noch von einem Beweisverfahren abhängig sein. Das Letztere ist aber auch bei der auf Leistung gerichteten Klage der Fall und gleichwohl ist nach § 4 der C. P. O. der Zeitpunkt der Erhebung der Klage für die Werthsberechnung entscheidend, und ebenso bestimmt nach § 6 der C. P. O. der Betrag der Forderung auch dann den Werth des Streitgegenstandes, wenn nur deren Sicherung den Gegenstand des Streites bildet. Daraus ergibt sich, daß die Möglichkeit der Minderung des geforderten Betrags für die Bestimmung des Werths des Streitgegenstandes ohne rechtliche Bedeutung ist. Der Antrag auf Feststellung der Ersatzpflicht verfolgt aber seinem Zweck nach die Realisirung der streitigen Leistung und muß daher der Betrag dieser um so mehr als der Werth des Streitgegenstandes gelten, als der Betrag der Forderung selbst dann maßgebend ist, wenn nur deren Sicherung bezweckt wird. **Hiernach gibt es prinzipiell keinen von dem Betrage der durch die Feststellung bedingten Forderung verschiedenen Werth des Streitgegenstandes.** Beschluß des Reichsgerichts vom 8. April 1885. Bl. f. R. A. 1885 bes. Beil. 5 S. 265. S. A. XLI. bezw. XI. (295.) 441. 442.

9. **Darüber, wie der Werth des Streitgegenstandes bei einem bloßen Prioritätsstreite zwischen zwei Pfandgläubigern zu berechnen ist,** s. § 7 ad (R. G. 18. I. 81) R. C. III. (110.) 394.

10. **Bestimmung des Werths des Streitgegenstandes bei einer Klage, welche auf die Feststellung gerichtet ist, daß dem Beklagten keinerlei Ansprüche gegen den Kläger zustehen.** (R. G. 23. V. 83.) R. C. XII. (99.) 361.

11. **Werth des Streitgegenstandes bei den in § 690 Abs. 1 der C. P. O. erwähnten Klagen.** (R. G. 30. X. 83.) S. hierüber bei § 6 ad R. C. X. (121.) 393—395. A. IX. (9.) 53. 54.

12. **Für die Werthsberechnung ist der Zeitpunkt der Erhebung der Klage entscheidend. Hiernach ist es als Wille des Gesetzes zu erachten, daß Zinsen, Früchte ꝛc., welche erst nach Erhebung der Klage, im Laufe des Rechtsstreites, erwachsen, nicht nur bei der Frage der Zuständigkeit, sondern auch bei der Frage der Zulässigkeit der Revision ganz außer Betracht bleiben sollen,** woraus folgt, daß Urtheile, welche lediglich Nebenforderungen dieser Art zum Gegenstande haben, soweit es auf eine Revisionssumme ankommt, der Revision überhaupt nicht unterliegen. Zwar ist in dem Urtheile des I. Civilsenates des R. G. Bd. 9 Nr. 119 S. 414, sowie in einem Urtheile der vereinigten Civilsenate vom 29. September 1882, (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 7 Nr. 117 S. 385), nebenbei in den Gründen bemerkt: es sei nicht der im § 4 genannte Zeitpunkt der Erhebung der Klage, sondern ein anderer entsprechender Zeitpunkt für die Werthsberechnung bei der Revisions-

Digitized by Google

summe maßgebend; allein dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Schon der Umstand, daß nur ganz unbestimmt auf irgend einen anderen entsprechenden Zeitpunkt verwiesen werden konnte, läßt erkennen, daß man beim Verlassen des vom Gesetze mit klaren Worten gegebenen Standpunktes in's Haltlose und Willkürliche gerathen würde. (R. G. 15. II. 84.) R. C. XI. (100.) 388. 389. A. IX. (132.) 530. 531.

13. **Bezüglich der Zinsen, die nach Art. 547 Code civil als bürgerliche Früchte anzusehen sind, tritt die Voraussetzung des § 4 immer dann ein, wenn dieselben als solche, und accessorisch mit der Hauptsumme gefordert worden,** während ein selbständiger, bei der Werthberechnung in Betracht kommender Anspruch in den Fällen anzunehmen ist, wenn z. B. nur Zinsen eingeklagt sind, oder es sich um Erstattung der von einem Dritten eingezogenen Zinsen handelt, oder eine für Kapital und Zinsen zu leistende Sicherstellung in Frage steht. (R. G. 16. III. 83.) R. C. X. (103.) 344. 345. S. hierüber bei § 6 eodem.

14. **Bei einem Streite zwischen Hypothekargläubigern über die Priorität sind die Zinsen aus den auf den Liegenschaftserlös angewiesenen Hauptsummen bei Berechnung des Werthes des Streitgegenstandes nicht hinzuzurechnen.** Gemäß § 4 bleiben für die Werthsberechnung Zinsen und Kosten unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden. Als Nebenforderungen haben sie aber zu gelten, wenn sie im Prozesse neben dem Hauptanspruche, d. h. als etwas von demselben abhängiges, gefordert werden. (Vgl. Planck, Lehrbuch § 10 zu Anm. 17; Wach, Handbuch § 31 zu Anm. 47, 48; Hallmann, Lehrbuch § 112 S. 718; Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 1 Nr. 83 S. 228, Bd. 9 Nr. 117 S. 411. Dabei **begründet es keinen Unterschied, ob sie neben der Hauptforderung klagend gefordert werden, oder ob für die Hauptsumme und für sie eine Sicherung oder Priorität beansprucht wird.** (Vgl. Entscheidungen des R. G.'s in Civils. Bd. 4 Nr. 100 S. 367, Bd. 7 Nr. 98 S. 326, Bd. 10 Nr. 103 S. 344 und Nr. 121 S. 394, mit welchen die Entscheidung Bd. 12 Nr. 64 S. 258 in Rücksicht auf die besonderen Umstände des Falles nicht im Widerspruche steht.) (R. G. 25. III. 87.) R. C. XVIII. (80.) 373.

15. **Wenn Leistungen an Kapital und Kosten das Erforderniß für die Begründung des klägerischen Anspruches bilden, so können die Kosten hier nicht als Nebenforderung im Sinne des § 4 der C. P. O. angesehen werden.** (R. G. 8. X. 84.) R. C. XII. (64.) 260.

16. **Der vom Cessionar wider den Cedenten neben dem Anspruche auf Rückzahlung geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der Kosten des wider den Schuldner geführten Prozesses ist keine Nebenforderung im Sinne des § 4 der C. P. O.** Maßgebend ist die Beantwortung der Frage, ob die Forderung der Erstattung der Kosten des wider den Schuldner der cedirten Forderung geführten Prozesses zu dem Anspruche auf Rückzahlung der Cessionsvaluta sich verhält wie die Nebenforderung zur Hauptforderung. Grundlage der Klage ist der Vertrag, in welchem der Beklagte die Haftung für die Sicherheit der cedirten Forderung übernimmt, und die Thatsache, daß die cedirte Forderung sich als nicht einziehbar erwiesen hat. Wird also die Vertragsklage auf Entschädigung wegen nicht erfolgter Gewährung der Einziehbarkeit der Forderung angestellt

Digitized by Google

(A. L. R. I. 11 § 440), so hat die geltend gemachte Entschädigungsforderung zwei Ansprüche zum Inhalte, den Anspruch auf Rückzahlung des Preises, um welchen der Beklagte die Forderung cedirt hat, und den Anspruch auf Erstattung der Kosten des Prozesses, in welchem sich die Uneinziehbarkeit der Forderung herausgestellt hat. Beide Ansprüche stehen selbständig neben einander. Dem Kostenerstattungsanspruche fehlt das in der Abhängigkeit von dem anderen Anspruche bestehende Kriterium der Nebenforderung im Verhältnisse zur Hauptforderung; denn er würde bei einem Cessionsgeschäfte mit Uebernahme der Haftung für die Sicherheit der cedirten Forderung auch gegeben sein, wenn ein Anspruch auf Rückzahlung der Cessionsvaluta nicht bestände, weil die Gegenleistung des Cessionars noch nicht erfolgt oder eine Gegenleistung überhaupt nicht ausbedungen wäre. (R. G. 18. XII. 82.) R. E. VIII. (106.) 365. 366.

17. **Futterkosten für Thiere fallen unter keine Art der Nebenforderungen des § 4 der N. E. P. O.** Bei der Auslegung der Bestimmung des § 4 der N. E. P. O. ist zunächst zu berücksichtigen, daß sie eine positive, Theile des Klage- resp. Beschwerdeobjects, welche an sich bei der Werthberechnung mit zu berücksichtigen waren, aus Nützlichkeitsgründen, der Vereinfachung der Werthberechnung halber, von der Berücksichtigung ausschließende ist und daher keine ausdehnende Anwendung auf andere verwandte Gattungen von Ansprüchen zuläßt. Die Bestimmung umfaßt ferner nicht alle Ansprüche, welche sich als Nebenansprüche characterisiren lassen; **die Aufzählung der Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten ist nicht bloß exemplifikativ zu nehmen; vielmehr sind nur die namentlich aufgezählten fünf Ansprüche, und zwar wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden, ausgeschlossen.** Es könnte sich nun nur etwa fragen, ob die geforderten Fütterungskosten unter den Begriff der Schäden oder der Kosten zu subsumiren seien. Dies ist nicht der Fall. Die Fütterungskosten bilden eine nothwendige Aufwendung, welche der Käufer auf die Erhaltung des Kaufobjekts macht und welche dem redlichen Käufer nach § 337 des Allg. L. R. Thl. I T. 5, §§ 212 ff. des Allg. L. R. Thl. I T. 7 nach den Grundsätzen der negotiorum gestio, da der Käufer eine Aufwendung macht, welche sonst der Verkäufer hätte machen müssen, gesetzlich vergütet werden müssen. Die einfache redhibitorische Klage, bei welcher es auf eine, eine andere Beurtheilung bedingende Schuld des Verkäufers (§ 320 des Allg. L. R. Thl. I T. 5) nicht ankommt, ist nicht auf den Ersatz eines Schadens, sondern nur auf Rückgängigmachung der beiderseitigen Leistungen, auf Herstellung des Zustandes vor dem Vertragsschlusse, unter Berücksichtigung der zu ersetzenden Aufwendungen der einen oder anderen Partei gerichtet; von dem Ersatze eines Schadens im eigentlichen Sinne (§§ 285 ff. des Allg. L. R. Thl. I T. 5) ist dabei keine Rede. Die Fütterungskosten sind aber auch nicht zu den Kosten im Sinne des § 4 cit. zu rechnen. Das Gesetz versteht darunter nicht jede Geldaufwendung ohne Unterschied des Zweckes, sondern nur die durch die Rechtsverfolgung resp. Vertheidigung veranlaßten Kosten, einschließlich der außergerichtlichen und der bereits vor der Erhebung der Klage aufgewendeten. Die in §§ 212 ff. des Allg. L. R. Thl. I T. 7 behandelten Aufwendungen sind darunter nicht mitbegriffen. Es ist aber auch bedenklich, den Anspruch auf Fütterungskosten als Nebenforderung zu

Digitized by Google

charakterisiren. Es mag hierbei nicht entscheidend sein, daß die Fütterungskosten den Werth des Thieres übersteigen. Aber der Anspruch auf Ersatz der Fütterungskosten ist ein ganz selbständiger, welcher, namentlich wenn ein verkauftes Thier in Folge des redhibitorischen Mangels gestorben ist, selbständig geltend gemacht werden kann und als eine gleichwerthige Leistung neben den sonstigen zur Herstellung der Lage vor dem Vertragsschlusse dienlichen Leistungen steht. (R. G. 7. X. 84.) A. X. (95.) 409—411. R. C. XIII. (106.) 396. 397.

18. **Der Ersatz von Transport-, Besichtigungs- und Fütterungskosten ist wesentlich accessorischer Natur, indem dieser Anspruch mit dem Hauptanspruch steht und fällt.** Derartige accessorische Ansprüche, wie insbesondere „Zinsen, Schäden und Kosten", sollen nach Vorschrift des § 4 der C. P. O. für die Werthsberechnung unberücksichtigt bleiben, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden. **Daher kann weder die außerordentliche, den Betrag der Hauptsache übersteigende Höhe der geforderten Schäden und Kosten etwas ändern, noch der Umstand, wenn der Anspruch auf ein Versprechen gestützt wird.** Der Klaggrund ist nach § 4 nicht entscheidend für die Werthsberechnung, sondern das Verhältniß der Forderungsobjekte untereinander, insoweit es sich um eine Hauptsache und gleichzeitig geforderte Accessorien handelt. So wenig ein Anspruch auf Capital und Zinsen von der Bestimmung des § 4 um deßwillen ausgeschlossen werden kann, weil er auf einem Versprechen beruht, ebensowenig wird dadurch bei versprochenen Leistungen anderer Art der Unterschied zwischen Hauptsache und Accessorium aufgehoben. Beides kann sehr wohl, ohne seine Natur zu verändern, Gegenstand eines Versprechens sein, und dies ist z. B. auch da der Fall, wo Jemand unter Rücknahme eines verkauften Pferdes den Kaufpreis zu erstatten und dem Käufer die ihm entstandenen Kosten und Schäden zu ersetzen verspricht. Beschluß des O. L. G. zu Hamburg vom 9. Februar 1884. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 242 S. 338. 339.

19. **Streitwerth bei einer Klage auf Zahlung der Prozeßkosten.** Wenn der Streit über die Hauptforderung wegfällt und nur noch über die Kosten verhandelt wird, so erlangen die Kosten, welche bisher aufgelaufen sind, die Eigenschaft des allein streitigen Objekts, sie verlieren ihre Eigenschaft als Nebenforderungen neben dem (weggefallenen) Hauptanspruch und werden nunmehr selbständiger Anspruch. Zur Zeit der Verhandlung auf die Klage sind daher die damals vorhandenen Kosten das Klagobjekt. Die durch die Verhandlung über diese Kosten im Lauf des Rechtsstreits erwachsenen weiteren Kosten charakterisiren sich aber nicht als Hauptforderung, sondern als eine nach dem § 4 für die Werthsbestimmung nicht in Betracht zu ziehende Nebenforderung. Es sind eben nur Prozeßkosten, welche erwuchsen in dem Streit über die eingeklagten Kosten (Walther, G. O. für R. A. S. 51). Beschluß des O. L. G. zu Jena vom 6. Juli 1886. Bl. f. Rechtspfl. in Thüringen ꝛc. Bd. 33 S. 367. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 148 S. 212. 213.

20. **Bei Berechnung der Revisionssumme nach der Civilprozeßordnung werden die Protest-, Provisions- und Portokosten nicht berücksichtigt.** Zufolge des für die Berechnung des Werthes des Beschwerdegegenstandes in Anwendung kommenden § 4 der R. C. P. O. bleiben Früchte, Nutzungen,

Digitized by Google

Zinsen, Schäden und Kosten unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden. Die Provision, die Protestkosten und Porti werden gerade so wie die Zinsen nicht als selbständige Ansprüche, sondern nur neben der Wechselsumme eingeklagt, so daß die letztere Voraussetzung des § 4 gegeben ist. Die Provision muß aber zu den Schäden gerechnet werden, denn diese begreifen jeden Vermögensnachtheil in sich, welchen der Kläger, sei es als positiven Schaden, sei es als entgangenen Gewinn, dadurch erlitten zu haben behauptet, daß seinem Hauptanspruche nicht Genüge geleistet worden ist; hierzu gehört also auch der Schaden durch Zeitversäumniß und die Mühewaltung, welche durch den erfolglosen Versuch der Beibringung der Wechselsumme verursacht worden sind. Die Provision stellt aber den vom Gesetze fixirten Betrag fest, welcher für diese Zeitversäumniß und eigene Mühe gefordert werden darf. Die Auslagen für die Protesterhebung und Porto fallen unter den Begriff der Kosten und haben mit den Prozeßkosten das gemein, daß sie wie diese durch die Zahlungsverweigerung des Schuldners entstanden sind, und dieser sie dennoch zu erstatten hat, weil und sofern er mit Unrecht die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit verweigert hat. *Dafür*, die Bestimmung auf die Kosten eines früheren Prozesses zu beschränken, fehlt es an jedem inneren Grunde; *dagegen* spricht die allgemeine Fassung des Gesetzes und dessen Absicht, für die Werthsermittelung einfache und klare Regeln festzusetzen, welche die Ausschließung der Kosten beider Arten gleichmäßig rechtfertigt. Daraus, daß der sogenannte hannoverische Entwurf einer Prozeßordnung nur die *Prozeßkosten* aufführte, kann nicht das Gegentheil, sondern es müßte eher aus der späteren Erweiterung des Ausdruckes gefolgert werden, daß eine etwa beabsichtigte Beschränkung auf Prozeßkosten fallen gelassen worden sei. (R. G. 23. XII. 79.) R. C. I. (83.) 228. 229.

21. **Eine Prozeßpartei hat kein Interesse an der Erhöhung der lediglich als Grundlage für die Kosten bezw. Gebührenberechnung erfolgten gerichtlichen Festsetzung des Streitgegenstandes, daher auch kein Beschwerderecht gegen diese Festsetzung.** (R. G. 23. II. 84.) A. IX. (104.) 437.

§ 5. § 5.

Mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche werden zusammengerechnet; eine Zusammenrechnung des Gegenstandes der Klage und der Widerklage findet nicht statt.

§§ 56, 57, 232.

1. **Der innere Grund der Bestimmungen des § 5 ist darin zu erblicken, daß die Zuständigkeit des Gerichts hinsichtlich eines jeden im Rechtsstreite erhobenen Klaganspruches *besonders* zu prüfen ist.** Dies gilt in betreff der örtlichen wie der sachlichen Zuständigkeit und führt in letzterer Beziehung zu der Folge, daß, wenn Klage und Widerklage erhoben worden ist, für jede von beiden Klagen lediglich *ihr* Gegenstand in Betracht zu ziehen, mithin eine Zusammenrechnung des Gegenstandes beider Klagen ausgeschlossen ist. Wenn für den Fall der Verfolgung mehrerer Ansprüche durch eine Klage nicht dasselbe angenommen, sondern die Zusammenrechnung derselben angeordnet ist, so erklärt sich dies — abgesehen von den hierfür anzuführenden Zweckmäßigkeitsgründen — auch aus der Erwägung, daß zur Zeit der Prüfung der Zuständigkeit hinsichtlich der Klage allemal der Gegenstand sämmtlicher erhobenen Klagansprüche bekannt ist, dagegen

Digitized by Google

zu dieser Zeit Ungewißheit darüber bestehen kann, ob eine Widerklage erhoben werden und was der Gegenstand derselben sein wird, insbesondere wenn **die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts** als prozeßhindernd vorgebracht und hierüber vorweg besonders verhandelt und durch Urtheil entschieden wird. Hat nun § 5 die dargelegte Bedeutung, so kann eine entsprechende Anwendung desselben auf die **Berechnung der Revisionssumme** nur insoweit eintreten, als das Revisionsgericht die Zulässigkeit der Revision hinsichtlich der erhobenen Beschwerde besonders zu prüfen hat. Haben beide Parteien Revision eingelegt, so hat das Revisionsgericht das Vorhandensein der für die Zulassung der Revision vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen für jede Revision besonders, d. h. unabhängig von seiner Entscheidung über die Zulässigkeit der anderen Revision, zu beurtheilen; es findet daher in diesem Falle in Ansehung der Revisionssumme eine Zusammenrechnung des Gegenstandes der beiderseitigen Revisionsbeschwerden ebensowenig statt, wie nach § 5 eine Zusammenrechnung des Gegenstandes der Klage und der Widerklage. Hat dagegen nur eine Partei Revision eingelegt, so kann von entsprechender Anwendung des § 5 überhaupt nicht die Rede sein, weil das Revisionsgericht die Zulässigkeit der Revision, insbesondere die Rechtzeitigkeit der Einlegung derselben und das Vorhandensein der Revisionssumme, nicht für jede einzelne Revisionsbeschwerde besonders, sondern nur für das Rechtsmittel im Ganzen zu prüfen hat. Dasselbe gilt auch dann, wenn eine Partei Revision eingelegt hat und die andere Partei sich derselben anschließt, indem in diesem Falle nur eine Revision vorliegt, deren Zulässigkeit ebenso zu beurtheilen ist, wie wenn keine Anschließung stattgefunden hätte. (R. G. 29. IX. 82.) R. C. VII. (117.) 387. 388. A. VI. (87.) 389—391.

2. **Der § 5 ist unmittelbar bestimmend für die Berechnung des Werthes des Streitgegenstandes, insofern dieser Werth für die sachliche Zuständigkeit der Gerichte von Einfluß ist.** In dieser Beziehung gelangt die Bestimmung desselben, daß eine Zusammenrechnung des Gegenstandes der Klage und Widerklage nicht stattfinde, zu praktischer Bedeutung, falls bei einem prozessualen Streite über vermögensrechtliche Ansprüche der Klaggegenstand zu dem nach § 4 maßgebenden Zeitpunkte der Klagerhebung an Geld oder Geldeswerth nicht mehr betragen hatte, als 300 *M.*, mithin der Prozeß vor dem zuständigen Amtsgerichte anhängig gemacht, demnächst Widerklage erhoben und (auf den von einer Partei vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache gestellten Antrag, die Sache, weil nunmehr der für die Zuständigkeit der Amtsgerichte festgestellte Werth des Streitgegenstandes überschritten sei, an das zuständige Landgericht zu verweisen) gemäß § 467 zu verfahren ist. In einem solchen Falle ist dem Antrage auf Verweisung des Rechtsstreites an das Landgericht nachzugeben und seine Unzuständigkeit seitens des Amtsgerichtes auszusprechen, wenn der Gegenstand, sei es der Klage für sich allein, sei es der Widerklage für sich allein, an Geld oder Geldeswerth den Betrag von 300 *M.* übersteigt. Dagegen ist **der Antrag auf Verweisung des Rechtsstreites an das Landgericht zu verwerfen, wenn weder der Gegenstand der Klage für sich, noch der Gegenstand der Widerklage für sich mehr als 300 *M.* an Geld oder Geldeswerth beträgt, mögen auch die Gegenstände der Klage und der Widerklage zusammengerechnet mehr als**

Digitized by Google

300 M. an Geld oder Geldeswerth betragen. Besitzen also die Gegenstände der Klage und der Widerklage einen verschiedenen Werth, so ist der höhere Werth des einen der beiden in Verhältniß gedachten Gegenstände für die Gerichtszuständigkeit in der Art entscheidend, daß, wenn durch denselben die Zuständigkeit des Landgerichtes begründet wird, auch der Streit über den anderen Gegenstand, welcher etwa in seiner Isolirung zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehören würde, mit dem Streite über jenen ersten Gegenstand bei dem Landgerichte verhandelt wird. (R. G. 20. V. 82.) R. C. VII. (93.) 313. 314. A. VI. (18.) 122. 123. Ueber die **Berechnung des Beschwerdegegenstandes im Falle einer gegen Klage und Widerklage erhobenen Revision** (R. G. 20. V. 82.) s. § 508 ad R. C. VII. (93.) 314. 315. A. VI. (18.) 123. 124.

3. Bei einer **Identität der Gegenstände der Klage und der Widerklage** hat der Klaganspruch für die Werthberechnung des Widerklaganspruches ebensowenig selbstständige Bedeutung, wie nach dem in § 6 der C. P. O. anerkannten Grundsatze eine solche einem Pfandrechte, welches neben der persönlichen Forderung, wofür das Pfand haften soll, geltend gemacht wäre, zukommen würde. (R. G. 5. VII. 81.) R. C. V. (116.) 410.

4. **Die gerichtliche Verbindung mehrerer Klagen hat für die Zusammenrechnung der darin geltend gemachten Ansprüche die nämliche Wirkung, wie deren gleichzeitige Verfolgung in einer Klage.** (B. O. L. 21. XI. 83.) S. X. (87.) 228.

5. S. noch über diesen § bei § 508 Abs. 2 ad R. C. V. (95.) 355—357.

§ 6. **§ 6.**

Der Werth des Streitgegenstandes wird bestimmt: durch den Werth einer Sache, wenn deren Besitz, und durch den Betrag einer Forderung, wenn deren Sicherstellung oder ein Pfandrecht Gegenstand des Streites ist. Hat der Gegenstand des Pfandrechts einen geringeren Werth, so ist dieser maßgebend.

1. **Der § 3 der R. C. P. O. hat gegenüber dem § 6 nicht den Sinn, daß das Gericht nach Befinden den Grundsatz des § 6 bei der Werthschätzung des Streitgegenstandes umgehen könnte, sondern nur, daß das Gericht den Werth der herauszugebenden Sache festzustellen hat.** Das Gerichtskostengesetz schreibt im § 8 vor: „In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten werden die Gebühren nach dem Werthe des Streitgegenstandes erhoben"; im § 9: „Für die Werthsberechnung sind die Vorschriften der R. C. P. O. §§ 3—9 und der R. K. O. § 136 maßgebend." Die R. C. P. O. aber verordnet im § 6: „Der Werth des Streitgegenstandes wird bestimmt durch den Werth einer Sache, wenn deren *Besitz*, und durch den Betrag einer Forderung, wenn deren Sicherstellung oder ein Pfandrecht Gegenstand des Streites ist." — Wenn der § 3 desselben Gesetzbuches bestimmt: „Der Werth des Streitgegenstandes wird von dem Gericht nach freiem Ermessen bestimmt; dasselbe kann eine beantragte Beweisaufnahme, sowie von Amtswegen die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen"; so wird dadurch nicht etwa ein höheres Prinzip fixirt, nach welchem sich das Gericht nach Befinden der Anwendung des im § 6 a. a. O. ausgesprochenen Grundsatzes entschlagen könnte, sondern es hat in den Fällen der Anwendung des § 6 nur *die* Bedeutung, daß das Gericht den Werth der heraus-

Digitized by Google

zugebenden Sache, welcher als Werth des Streitgegenstandes gelten muß, festzustellen hat, sei es ohne Weiteres, sei es nach Beschaffung weiterer Hülfsmittel für eine zuverlässige Würdigung. (R. G. 10. VII. 80.) A. II. (134.) 574.

2. Schätzung des Vermögensinteresses bei einer **Klage auf Herausgabe von Handelsbüchern.** (R. G. 22. X. 80.) R. C. II. (115.) 404.

3. **Werthberechnung bei einer Klage des Eigenthümers auf Rückgabe des Pachtobjektes.** Es bleibt hier nichts anderes übrig, als die Höhe des daran sich knüpfenden Interesses nach dem Werth des betreffenden Pachtobjektes selbst zu bemessen. Mag es auch immerhin für bedenklich gehalten werden müssen, die Bestimmungen des § 6 der C. P. O. — wonach bei Streitigkeiten über den Besitz eines Gegenstandes, dessen Sachwerth bei der Competenzberechnung als maßgebend betrachtet werden soll — dahin verstehen zu wollen, daß der Begriff des Besitzes im allgemeinen natürlichen und nicht im Sinne einer technisch juristischen Definition zu nehmen sei, und daß deßhalb auch Fälle, in welchen nur die Detention zur Ausübung eines persönlichen Rechts verlangt wird, z. B. Ansprüche des Miethers, Pächters, Commodatars auf Ueberlassung der Sache, hierher zu rechnen seien, so ist doch aus den betreffenden gesetzlichen Bestimmungen im allgemeinen so viel zu entnehmen, daß auch in Fällen der hier gegebenen Art, in welchen es sich um ein Habenwollen des Eigenthümers in Beziehung auf eine in fremden Händen befindliche eigene Sache handelt, das daran sich knüpfende Interesse des Letzteren in dem Werth der zurückzufordernden Sache selbst sein angemessenes Aequivalent finden soll. Wenn es aber auch als zweifelhaft betrachtet werden könnte, ob die Bestimmungen des § 6 auf Fälle der hier gegebenen Art mit zu beziehen seien, so läßt sich doch jedenfalls dies nicht verkennen, daß in Ermangelung anderer geeigneter Anhaltspunkte für die Werthsberechnung des Streitgegenstandes nichts Anderes übrig bleibt, als in dieser Beziehung auf den gemeinen Sachwerth des in lite befangenen Objektes zu rekurriren. Erk. des O. L. G. zu Braunschweig vom 29. Dez. 1880. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 246. S. 350. 351.

4. Der mit dem Interesse keineswegs identische **Streitgegenstandswerth** bestimmt sich **bei Ansprüchen aus gegenseitigen Verträgen** nach der geforderten Leistung ohne Abzug für die aufzuwendende Gegenleistung, wie dies auch nach dem früheren gemeinen Prozeßrechte für die Berechnung der Appellationssumme allgemein angenommen war; (vgl. Wetzell, Civilprozeß [3. Aufl.], § 54, S. 717 ff.), wobei dann übrigens im Zweifel das richterliche Ermessen passend an dem Belaufe der in Geld verabredeten Gegenleistung ohne weiteres auch dann festhielt, wenn die andere Leistung den Streitgegenstand bildet. Daß die Civilprozeßordnung ganz auf diesem Standpunkte verblieben ist, geht insbesondere noch aus der Bestimmung des § 8 über die Werthsberechnung bei gewissen Pacht- und Miethstreitigkeiten hervor. (R. G. 5. VII. 81.) R. C. V. (116.) 410.

5. **Die in § 4 enthaltene Regel ist vermöge ihrer allgemeinen Fassung auf die Streitfälle des § 6 mit zu beziehen;** sie ist es zweifellos in solchen Prozessen, in denen der Pfandgläubiger mit dem Schuldner selbst über das Pfandrecht streitet. Das nämliche muß indessen regelmäßig auch da

Digitized by Google

gelten, wo der Gläubiger sein Pfandrecht einem Dritten gegenüber verfolgt oder vertheidigt; denn das Gesetz unterscheidet nicht zwischen beiden Fällen; auch würde eine Unterscheidung der Absicht des Gesetzes nicht entsprechen. Der in § 4 angeordnete Ausschluß der Nebenforderungen von der Werthsberechnung beruht auf Zweckmäßigkeitsgründen (Motive zu §§ 3—9 des Entwurfs der C. P. O. S. 50); es sollen damit Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten abgeschnitten werden, welche sich in Fällen des § 6 gleichfalls oft ergeben können. (R. G. 30. X. 83.) R. C. X. (121.) 394. A. IX. (9.) 53. 54.

6. **Der Werth des Streitgegenstandes wird bei Prozessen aus dem Reichs-Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879 (§§ 1, 7, Abs. 1) nur durch den Werth der Forderung gebildet, deren Sicherung der Anfechtungskläger durch seine Klage bezweckt, nicht durch den Werth des Gegenstandes, den er durch die Anfechtung zwecks seiner Befriedigung zu der Vermögensmasse seines Schuldners heranziehen will, noch weniger durch das Interesse des Anfechtungsbeklagten an diesem Gegenstande.** (R. G. 10. X. 82.) R. C. VII. (119.) 393—395. A. VI. (81.) 374—376.

7. **Der Umstand, daß die streitige Pfandsache verkauft wurde, äußert keinen Einfluß auf die Werthsberechnung.** Der Erlös, über welchen die Parteien nach dem Verkauf noch streiten, tritt ganz an die Stelle des anfänglichen Streitgegenstandes. Die Veränderung des Streitgegenstandes berührt nicht das für die Werthsberechnung maßgebende Vermögensinteresse des Beklagten. (R. G. 30. X. 83.) R. C. X. (121.) 394. 395. A. IX. (9.) 53. 54.

8. **In Fällen, wo der Drittbesitzer gegen die auf Grund von art. 2169 Code civil an ihn ergangene Aufforderung des Hypothekengläubigers, die Schuldsumme zu zahlen oder die verpfändeten Grundstücke aufzugeben, Widerspruchsklage erhebt, und die Parteien über die Rechtsgültigkeit der vom Beklagten geltend gemachten Hypothek streiten,** kommt, was den Werth des Streitgegenstandes betrifft, die Vorschrift in § 6 der C. P. O. zur Anwendung, nach welcher, wenn ein Pfandrecht den Gegenstand des Streites bildet, der Betrag der Forderung, sofern nicht das Objekt des Pfandrechts einen geringeren Werth hat, für die Berechnung maßgebend ist. Für die Frage, ob die Zinsen und Kosten für die Werthberechnung in Betracht zu ziehen seien, ist die Bestimmung des § 4 der C. P. O., nach welcher Früchte, Nutzungen, Zinsen, Kosten u. s. w. unberücksichtigt bleiben, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden, entscheidend. **Bezüglich der Zinsen, die nach art. 547 Code civil als bürgerliche Früchte anzusehen sind, tritt die Voraussetzung des § 4 immer dann ein, wenn dieselben als solche, und accessorisch mit der Hauptsumme gefordert worden,** während ein selbständiger, bei der Werthberechnung in Betracht kommender Anspruch in den Fällen anzunehmen ist, wenn z. B. nur Zinsen eingeklagt sind, oder es sich um Erstattung der von einem Dritten eingezogenen Zinsen handelt, oder eine für Kapital und Zinsen zu leistende Sicherstellung in Frage steht. Bei der actio hypothekaria hat die Aufforderung, gegen welche die erhobene Widerspruchsklage sich richtet, die Bedeutung, daß der Kläger entweder durch Zahlung der fraglichen Summe an den Beklagten die der Hypothek unterworfenen Grundstücke befreien, oder dieselben aufgeben muß, damit letzterer im

Digitized by Google

Wege der Zwangsversteigerung aus denselben seine Befriedigung erlange. Der Beklagte verfolgt also seine Forderung an Hauptsumme und Accessorien gegen den Drittbesitzer in der nämlichen Weise, als wenn dieselbe im Wege der Schuldklage gegen die persönlich Verpflichtete geltend gemacht würde. In dem einen und anderen Falle bilden die Accessorien eine Nebenforderung, und können daher bei der Werthberechnung gesetzlich nicht in Betracht kommen. (R. G. 16. III. 83.) R. C. X. (103.) 344. 345.

9. **Bei Ansprüchen auf Befriedigung aus gepfändeten höherwerthigen Mobilien bildet für die Imploranten die Höhe ihrer Forderungen den Streit- und Beschwerdegegenstand.** Es können nur insoweit Ansprüche auf die gepfändeten Mobilien erhoben werden, als dieselben zur Befriedigung der betreffenden Forderungen dienen sollen. Der Werth des Streitgegenstandes besteht somit in dem Betrage der Forderungen. (B. O. L. 21. XI. 83.) S. X. (87.) 228.

10. Bei **Berechnung des Werthes des Streitgegenstandes bei einem bloßen Prioritätsstreite zwischen zwei Pfandgläubigern** kann § 6 der C. P. O. nicht unmittelbar zur Anwendung kommen. Bei entsprechender Anwendung derjenigen Grundsätze, welche in § 6 der C. P. O. zur Geltung gebracht sind, darf in einem solchen Falle immer nur der Belauf der kleineren der beiden konkurrirenden Forderungen als Streitgegenstand angesehen werden, falls nicht etwa der Werth des Befriedigungsobjektes, auf welches sich der Prioritätsstreit bezieht, ein noch geringerer ist. Es sind dies dieselben Grundsätze, die auch nach dem früheren deutschen Prozeßrechte schon für die Berechnung des Werthes des Streitgegenstandes insbesondere bei der Apellabilitätsfrage, maßgebend waren, und aus welchen man mit Recht auch früher abgeleitet hat, daß es bei reinen Prioritätsstreitigkeiten nur auf die geringere der beiden konkurrirenden Forderungen ankomme. (Pfeiffer, praktische Ausführungen, Bd. 6, S. 347 ff., 512 ff. Wetzell, Civilprozeß, 3. Aufl. § 54 bei Anm. 73 S. 716.) Aus der neuen Gesetzgebung kommt unterstützend noch § 136 der K. O. in Betracht, nach welchem bei Prioritätsstreitigkeiten im Konkurse jedenfalls die eben dargelegte Auffassung zur Geltung gelangen müßte, weil ohne diese der Richter sein Ermessen „mit Rücksicht auf das Verhältniß der Theilungs- oder Schuldenmasse" nicht in vernünftiger Weise üben könnte. Genau genommen müßte freilich bei einem Prioritätsstreite der Belauf der geringeren der beiden konkurrirenden Forderungen nicht bloß nach der Hauptsumme, sondern auch nach den schon aufgelaufenen Zinsen in Anschlag gebracht werden, falls auch für diese die gleiche Priorität in Anspruch genommen wird; hiervon ist jedoch abzusehen, da § 4 der C. P. O., nach welchem solche Nebenforderungen bei der Werthfestsetzung unberücksichtigt bleiben sollen, ganz allgemein lautet und keine Unterscheidungen zuläßt. (R. G. 18. XII. 80.) R. C. IV. (100.) 365—367.

11. Bezüglich der Werthsberechnung heißt es in den Motiven zu dem Deutschen Gerichtskostengesetz: „Wird vom Beklagten **die Verpflichtung (unter Bestreiten des beanspruchten Orts der Erfüllung) anerkannt**, und wohnt der Frage über den Erfüllungsort nicht in dem Maße eine Bedeutung bei, daß eine Aenderung des Orts die eingeklagte Leistung

Digitized by Google

ihrem Wesen nach ändert, **so ist die Gebühr** für die kontradiktorische Verhandlung und für die Beweisanordnung **nach dem Interesse der Parteien an dem einen oder anderen Orte der Erfüllung, und (im Falle einer Divergenz das Interesse des Klägers von dem des Beklagten) nach dem höheren Betrage (arg. § 7) zu berechnen. In ähnlich entsprechender Weise gestaltet sich die Werthsberechnung, wenn sich der Streit auf die Zeit der Erfüllung beschränkt.** (R. G. 10. VII. 80.) A. II. (134.) 574. 575.

§ 7. **§ 7.**

Der Werth einer Grunddienstbarkeit wird durch den Werth, welchen dieselbe für das herrschende Grundstück hat, und wenn der Betrag, um welchen sich der Werth des dienenden Grundstücks durch die Dienstbarkeit mindert, größer ist, durch diesen Betrag bestimmt.

1. **Bei vermögensrechtlichen Ansprüchen, zu welchen auf Servituten bezügliche zweifellos gehören, ist durch die jetzige Civilprozeßordnung der Begriff der Unschätzbarkeit im früheren Sinne ganz beseitigt.** Was insbesondere Grunddienstbarkeiten anlangt, so stellt der § 7 der C. P. O., welcher nach § 508 Abs. 2 a. a. O. auch bei der Ermittelung der Revisionssumme Anwendung findet, die Grundsätze für die Schätzung des Werthes derselben auf. Bei Ermittelung der Revisionssumme kommt es also nach § 7 darauf an, ob entweder der Werth, den die streitige Wegegerechtigkeit für das herrschende Grundstück hat, oder der Betrag, um welchen sich der Werth des dienenden Grundstückes durch dieselbe vermindert, die Summe von 1500 ℳ. übersteige. Dies ist nach § 3 vgl. mit § 508 Abs. 3 der C. P. O. vom Gerichte nach freiem Ermessen festzustellen, aber doch mit der durch § 508 Abs. 3 a. a. O. gesetzten Maßgabe, daß zunächst dem Revisionskläger die Glaubhaftmachung eines 1500 ℳ. übersteigenden Werthes obliegt. (R. G. 7. VI. 82.) R. C. X. (95) 322.

2. **Wenn negatorisch wegen Störung des Eigenthums geklagt wird,** so kann für die Ermittelung des Werths des Streitgegenstandes nicht der Werth der Sache selbst, welcher nach § 6 der C. P. O. entscheidend ist, wenn der Besitz der Sache den Gegenstand des Streites bildet, maßgebend sein, sondern es ist von dem Richter, welcher, insoweit nach dem Gesetze über die Gerichtsverfassung die Zuständigkeit der Gerichte von dem Werthe des Streitgegenstandes abhängt, diesen in Gemäßheit des § 3 der C. P. O. nach freiem Ermessen, unter Beachtung der in § 4 ff. enthaltenen Vorschriften, festzusetzen hat, zu bestimmen, wie hoch das Interesse des Klägers auf Beseitigung des Eingriffs des Beklagten in sein Eigenthum anzuschlagen sei. Dabei können allerdings die Vorschriften in § 7 der C. P. O. nicht direkt zur Anwendung kommen. Denn wenngleich dieselben nicht bloß für den Fall anwendbar sind, wenn mit der konfessorischen Klage eine Grunddienstbarkeit geltend gemacht wird, sondern auch auf die Fälle der negatorischen Klage, so setzt ihre Anwendung im letzteren Falle doch voraus, daß in den Klageanträgen hervortritt, daß die Freiheit des Eigenthums von einer vom Beklagten beanspruchten Grunddienstbarkeit den Streitgegenstand bildet, da § 7 eben nur für die Fälle Regeln aufstellen will, in denen es um das Bestehen oder das Nichtbestehen einer Grunddienstbarkeit sich handelt. Wird dagegen negatorisch wegen Störungen des Eigenthums geklagt, so ist der Werth des Streitgegenstandes nach

Digitized by Google

freiem Ermessen zu bestimmen und ist es daher nicht zutreffend, wenn in diesen Fällen in Gemäßheit der Vorschriften in § 7 a. a. O. der Betrag ermittelt wird, um welchen der Werth eines Grundstückes sich vermindern würde, wenn die geltend gemachte Grunddienstbarkeit dauernd fortbestände. (R. G. 18. I. 81.) R. C. III. (110.) 394.

§ 8.

§ 8.

Ist das Bestehen oder die Dauer eines Pacht- oder Miethverhältnisses streitig, so ist der Betrag des auf die gesammte streitige Zeit fallenden Zinses und, wenn der fünfundzwanzigfache Betrag des einjährigen Zinses geringer ist, dieser Betrag für die Werthsberechnung entscheidend.

1. **Der § 8 der C. P. O. findet nicht allein auf Feststellungsklagen Anwendung.** Gemäß dem klaren Wortlaute des Gesetzes soll die Werthsberechnung bei Rechtsstreitigkeiten, welche das Bestehen oder die Dauer eines Pacht- oder Miethsverhältnisses betreffen, nach dem Betrage des auf die gesammte streitige Zeit fallenden Zinses bis zum Maximum des fünfundzwanzigfachen Jahresbetrages erfolgen. Das Gesetz macht keinen Unterschied, ob die Entscheidung über das Bestehen oder die Dauer des Vertrages auf Grund einer Feststellungs- oder einer Leistungsklage geschieht. Der Richter würde deßhalb nur dann befugt sein, die Anwendung des Gesetzes auf den Fall einer Feststellungsklage einzuschränken, wenn die vom Gesetze gemeinte Entscheidung nur durch diese, nicht auch durch eine Leistungsklage getroffen werden könnte. (R. G. 29. I. 87.) R. C. XVII. (94.) 377. 378.

2. **Streitwerth bei einer Klage auf Feststellung des Bestehens einer Miethe unter Vorbehalt der Kündigung.** Ein Kläger, welcher eine Kündigungsbefugniß des Beklagten von vornherein zugesteht, will in Wirklichkeit eine Gebundenheit des Letzteren nur bis zu demjenigen Zeitpunkte festgestellt wissen, zu welchem derselbe sich durch beliebige Kündigung jedenfalls von weiterer Verbindlichkeit würde befreien können. Wird daher einfach ein auf unbestimmte Zeit mit jährlichem Kündigungsrecht geschlossener Miethvertrag behauptet, so wird der einjährige Miethzins den Streitgegenstand darstellen (Wach C. P. O. Bd. 1 § 31 Anm. 63 S. 388). Es kann, wenn einmal die Befugniß des Beklagten zur beliebigen Kündigung beim Ablauf des ersten Jahres außer Streit ist, keinen Unterschied begründen, daß für den Fall der Fortdauer des Verhältnisses der Bestand desselben gleich auf weitere Jahre fest verabredet sein soll. Beschluß des Reichsgerichts v. 16. Sept. 1886. Frankf. Rundschau 1886 S. 277. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 323 S. 461. 462.

3. **Der Anspruch auf Räumung des Pacht- oder Miethobjekts,** läßt sich nicht unbedingt als die Geltendmachung einer speziellen, aus dem Pachtvertrage originirenden Forderung auffassen (wie Hellmann, Kommentar Bd. 1 S. 60 will; vgl. auch Busch, Zeitschrift für Civilprozeß Bd. 5 S. 501), sondern er kann sich ebensowohl als die Konsequenz des Nichtbestehens oder der Auflösung des Pachtverhältnisses darstellen. In den Fällen der letzteren Art enthält eine Entscheidung über die Pflicht zur Räumung zugleich eine Entscheidung über das Bestehen des Vertrages, und es findet deshalb auf derartige Leistungsklagen hinsichtlich der Werthsberechnung die Vorschrift des § 8 der C. P. O. ihre Stelle. (Vgl. v. Wilmowsky-Levy und Struckmann-Koch, Kommentare zu § 8 der C. P. O., auch Wach, Handbuch S. 388). **Ist aber nicht das Bestehen**

Digitized by Google

oder die Dauer des Pachtverhältnisses der Streitgegenstand, so findet auch die Ausnahmevorschrift des § 8 der C. P. O. auf die Werthsfestsetzung keine Anwendung. Dies ist dann der Fall, wenn der Richter nur darüber zu entscheiden hat, ob die nach Vertrag oder Gesetz erforderliche Kündigung bewirkt ist. Streitgegenstand im Sinne der Civilprozeßordnung ist nur dasjenige Verhältniß, dessen prozessuale Regelung durch Anstellung der Klage bezweckt wird. (Vgl. Beschluß des Landgerichtes Leipzig in Busch, Zeitschr. Bd. 6 S. 474). In Uebereinstimmung mit dieser Entscheidung hat auch der VI. Civilsenat des Reichsgerichtes ausgeführt, daß der Kläger, welcher eine Kündigungsbefugniß des Beklagten von vornherein zugesteht, bei der Feststellungsklage in Wirklichkeit eine Gebundenheit des letzteren nur bis zu demjenigen Zeitpunkte festgestellt wissen will, zu welchem sich derselbe durch die Kündigung von weiterer Verbindlichkeit würde befreien können. (Vgl. Beschluß vom 16. September 1886 in Sachen B. w. K. Beschw.-Rep. IIIa. 43/86. Juristische Wochenschrift von 1886 S. 293.) (R. G. 29. I. 87.) R. C. XVII. (94) 378. 379.

4. **Der § 8 bezieht sich nicht auf die Dienstmiethe**; es ergibt sich dies insbesondere aus dem Ausdruck „Zins", welcher auf die Vergütung von Dienstleistungen nicht anwendbar ist. (R. G. 8. IV. 81.) R. C. IV. (113.) 399. A. III. (144.) 522.

§ 9. **§ 9.**

Der Werth des Rechts auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen wird nach dem Werthe des einjährigen Bezugs berechnet und zwar:

auf den zwölfundeinhalbfachen Betrag, wenn der künftige Wegfall des Bezugsrechts gewiß, die Zeit des Wegfalls aber ungewiß ist,

auf den fünfundzwanzigfachen Betrag, bei unbeschränkter oder bestimmter Dauer des Bezugrechts. Bei bestimmter Dauer des Bezugsrechts ist der Gesammtbetrag der künftigen Bezüge maßgebend, wenn er der geringere ist.

1. **Der § 9 der R. C. P. O. ist nur anwendbar, wenn ein Recht auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen in Frage steht, nicht wenn der Zahlungspflichtige der causa debendi aus eigener Entschließung jederzeit ein Ende bereiten kann.** (R. G. 22. I. 84.) A. IX. (74.) 347.

2. **Die Bestimmung des § 9 der C. P. O. ist auch auf solche wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen anzuwenden, welche der Berechtigte während der Dauer eines gewissen Prozesses zu beziehen hat.** (R. G. 13. V. 86.) R. C. XVI. (75.) 334.

3. Sämmtliche **Alimentenansprüche** sind ihrer Natur nach durch den Tod des Berechtigten begrenzt und gehören daher zu denjenigen Bezugsrechten, deren künftiger Wegfall gewiß, deren Wegfallszeit aber ungewiß ist. Hierbei **macht es keinen Unterschied, ob dem Berechtigten das Bezugsrecht schlechthin bis zu seinem Tode oder nur bis zur Erreichung eines gewissen Alters zusteht**, da auch im letzteren Fall das Recht auf die Alimente selbstverständlich, mit dem der Zeit nach ungewissen Tode des Berechtigten, selbst wenn der Tod vor jenem gewissen Alter eintritt, wegfällt. Beschluß des O. L. G. zu Kiel vom 28. April 1885. S. A. XLI bezw. XI (58.) 92.

§ 10. **§ 10.**

Das Urtheil eines Landgerichts kann nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet gewesen sei.

§ 249.

Digitized by Google

1. **Die Vorschrift des § 10 betrifft sowohl die Fälle, in denen das Amtsgericht nach § 23 Ziff. 1 des G. V. G. nach dem Werthe des Streitgegenstandes zuständig ist, als diejenigen, in welchen nach § 23 Ziff. 2 ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes diese Zuständigkeit für die dort bezeichneten Rechtsstreitigkeiten begründet ist.** (R. G. 4. V. 83.) R. C. IX. (101.) 350.

2. Der § 10 versagt ganz allgemein, namentlich ohne zu unterscheiden, ob das betreffende Urtheil in der Sache selbst ergeht oder lediglich die Zuständigkeitsfrage erledigt, ob ferner die Unzuständigkeit des L. G. auf Grund des § 23 Nr. 1 oder des § 23 Nr. 2 des G. V. G. bestritten ist, gegen ein Urtheil eines L. G. jedes Rechtsmittel, welches allein darauf, daß nicht dieses, sondern das A. G. zuständig sei, gegründet ist — wie die Motive ergeben — deßhalb, weil es präsumtiv einer Partei nicht zur Beschwerde gereiche, daß ein richterliches Kollegium statt eines einzelnen Richters entschieden habe. (Petersen, Komm. 2. Aufl. zu §§ 10, 11; Anm. 1, S. 16; Puchelt Comm. zu §§ 427, 248, Anm. 6; Endemann der d. Civilprozeß Bd. 1 S. 236; Bolgiano in Busch's Zeitschrift Bd. 1 S. 67; Osterloh das. Bd. 3 S. 64.) Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig v. 31. März 1883. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 261 S. 337.

3. **Die Bestimmung des § 10 der R. C. P. O. muß sowohl auf den Fall, in welchem die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit des Landgerichtes in erster Instanz vorgebracht worden ist, als auch auf den Fall, in welchem das Landgericht sich ohne eine solche Einrede für unzuständig erklärt hat, angewendet werden.** (A. M. v. Bülow, Kommentar, Anm. zu § 10.) Der Wortlaut der Bestimmung ist so allgemein, daß er eine Einschränkung ihrer Anwendung in der gedachten Richtung nicht rechtfertigt. Andere Bestimmungen der Civilprozeßordnung bedingen ebenfalls die fragliche Einschränkung nicht. Insbesondere nicht die §§ 247. 248. 472, nach denen die Anfechtung des Urtheiles erster Instanz, durch welches die prozeßhindernde Einrede der Unzuständigkeit verworfen wird, durch Berufung zuzulassen ist. Die gedachten Vorschriften sind vielmehr mit der aus der Spezialbestimmung des § 10 der C. P. O. sich ergebenden Einschränkung zu verstehen. **Ebensowenig ist eine Einschränkung der Anwendung der Rechtsnorm des § 10 a. a. O. auf den Fall, in welchem der Werth des Streitgegenstandes die Zuständigkeit bedingt, zulässig.** Die Bestimmung ist vielmehr auch auf die Fälle anzuwenden, in welchen das Gesetz die Amtsgerichte ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes für zuständig erklärt. (Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 9, Nr. 101, S. 350 D. R. — A. M. Siebenhaar, Kommentar S. 47.) Ein Zweifelsgrund könnte aus einer Vergleichung der Regierungsmotive zu § 10 der C. P. O. und § 23 Nr. 2 des G. V. G. hergeleitet werden. In den Motiven zu § 10 (S. 51; Hahn, Mater., Bd. 1 S. 148) wird gesagt, daß es bei der präsumtiv besseren Rechtsprechung des Kollegialgerichtes an einem sachlichen Grunde fehle, dem Beklagten ein Rechtsmittel gegen das Urtheil des sich für zuständig erklärenden Landgerichtes zu gestatten. In den Motiven zum Gerichtsverfassungsgesetze (S. 61; Hahn, Mater. S. 70) aber heißt es, daß die in § 12 des Regierungsentwurfes (§ 23 Nr. 2 des Gesetzes) bezeichneten Klagen

Digitized by Google

schleunige Erledigung im Interesse des Verkehres fordern, und daß überdies die Entscheidung um so sachgemäßer ausfallen werde, je näher der Richter den Parteien stehe und je leichter sie persönlich vor ihm verhandeln können. Es wird also an der einen Stelle auf die präsumtiv bessere Rechtsprechung des Kollegialgerichtes, an der anderen auf die für die fraglichen Rechtssachen präsumtiv sachgemäßere Entscheidung des Amtsgerichtes Gewicht gelegt. Hieraus möchte allerdings, wenn die in Rede stehenden Bestimmungen nach den Regierungsmotiven auszulegen wären, zu schließen sein, daß der § 10 a. a. O. sich nur auf die Fälle, in denen die sachliche Zuständigkeit vom Werthe des Streitgegenstandes abhängt, bezöge. Allein den Regierungsmotiven ist die fragliche Bedeutung nicht beizulegen. Es kommt vielmehr auf den Wortlaut der in Rede stehenden gesetzlichen Bestimmung an. Und da in diesem die gedachte Unterscheidung nicht gemacht wird, so darf auch das Gericht dieselbe nicht zulassen. Es sind vielmehr beide Fälle gleich zu behandeln. (R. G. 1. V. 84.) R. C. XI. (117.) 433. 434. A. X. (61.) 257—259.

4. **Die Vorschrift des § 10 der R. C. P. O. kann nicht auf die Fälle beschränkt werden, in welchen sich die sachliche Zuständigkeit der Gerichte regelt nach dem Werthe des Streitgegenstandes.** Zwar erklärt § 2 des Titels: „Insoweit nach dem Gesetze über die Gerichtsverfassung die Zuständigkeit der Gerichte von dem Werthe des Streitgegenstandes abhängt, kommen die nachfolgenden Vorschriften zur Anwendung", und zu den „nachfolgenden Vorschriften" gehört äußerlich auch der angezogene § 10 der mit dem § 11 den Titel schließt. Im Anschluß an die Motive zu § 2 des Entwurfes (S. 48) hat aber das Reichsgericht (vgl. Entsch. des R. G. in Civils. Bd. 9 S. 350, Bd. 11 S. 432 ff.) bereits befunden, woran festzuhalten, daß unter den „nachfolgenden Vorschriften" nur die in den §§ 3—9 niedergelegten Normen für die Schätzung des Werthes des Streitobjektes gemeint sind und daß daher der § 10 eine die sachliche Zuständigkeit im Allgemeinen befassende Regel aufgestellt habe. Die sachliche Zuständigkeit bildet den Gegensatz zur örtlichen Zuständigkeit. Bei jener handelt es sich um die Art der Gerichte, bei dieser um den Gerichtsstand nach einem bestimmten Bezirke ohne Unterschied, welche Art von Gericht zur Entscheidung in diesem Bezirke berufen ist. Innerhalb der örtlichen Zuständigkeit regelt sich die sachliche nach dem bezüglich dieser bestehenden allgemeinen oder besonders gegebenen Vorschriften. (R. G. 11. III. 85.) R. C. XIII. (96.) 368.

§ 11. **§ 11.**

Ist die Unzuständigkeit eines Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte rechtskräftig ausgesprochen, so ist diese Entscheidung für das Gericht bindend, bei welchem die Sache später anhängig wird.

Die Bestimmung in § 11 der C. P. O. hat den Zweck, zu vermeiden, daß die Frage der sachlichen Unzuständigkeit des Gerichts nicht nochmals bei einem anderen Gericht zur Erörterung und Entscheidung gebracht werde. **Sie will einem Hin- und Herschieben der Sachen vorbeugen.** Urtheil des Reichsgerichts v. 15. Nov. 1886, R. A. 1887 bes. Beil. 1 S. 27 ff. S. A. Bd. 42 bezw. 12. Nr. 264 S. 373.

Digitized by Google

Zweiter Titel.

Gerichtsstand.

A. Allgemeine Gerichtsstände.

(§§ 12—20.)

§ 12.

§ 12.

Das Gericht, bei welchem eine Person ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, ist für alle gegen dieselbe zu erhebenden Klagen zuständig, sofern nicht für eine Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.

§§ 547, 566, 568, 594, 629, 660, 704, 705, 707, 729, 755, 756, 759, 765, 780, 799, 810, 816, 823, 829, 871.

1. **Für die Beurtheilung der Frage des Gerichtsstandes ist nicht der Tag der Einreichung, sondern der der Zustellung der Klage an den Beklagten maßgebend. Hatte am letztgenannten Tage der Beklagte eine Forderung im Inlande, so ist das Gericht, wo die Forderung existirt, zuständig.** (R. G. 1. VI. 80.) A. II. (40.) 201—203. R. C. I. (157.) 435.

2. **Inwieweit die zur Begründung des Gerichtsstandes nöthigen Thatsachen von dem Kläger zu beweisen sind** (R. G. 25. I. 81.), s. § 24 ad R. C. III. (107.) 382.

I. Gerichtsstand des Wohnsitzes.

§ 13.

§ 13.

Der allgemeine Gerichtsstand einer Person wird durch den Wohnsitz bestimmt.

1. **Die R. C. P. O. hat die Begriffe „Wohnsitz", „Aufenthalt" und „dauernder Aufenthalt" nicht definirt.** (§§ 18, 21.) **Zur Begründung des Wohnsitzes gehört Wille und That: der Entschluß an einem Ort zu wohnen, und der Aufenthalt daselbst, das genügt; eine dauernde Niederlassung ist für den Begriff des Wohnsitzes** (§ 18) **nicht erforderlich; nur muß das äußerliche Verhalten eines Menschen unzweifelhaft darauf hinweisen, daß er einen bestimmten Ort als Mittelpunkt seiner bürgerlichen Thätigkeit und seines häuslichen Lebens betrachtet.** (R. G. 17. VI. 84.) U. u. A. I. (10.) 24. 25.

2. Nach der in der Rechtsprechung und der Rechtswissenschaft herrschenden Anschauung gehört zur **Begründung des Wohnsitzes** neben dem Willen, einen bestimmten Ort zum dauernden Aufenthalte und zum Mittelpunkte der Lebensverhältnisse zu machen, die Verwirklichung dieses Willens durch entsprechende That. Der Wille allein genügt nicht, es gehört hierzu auch die Verwirklichung dieses Willens. In dem Fortschaffen des Hausrathes an einen anderen Ort ist für sich allein nur eine Vorbereitungshandlung für die Realisirung des Willens, an diesem anderen Orte den Wohnsitz zu nehmen, nicht aber die Ausführung der fraglichen Absicht selbst, zu erblicken. (Vgl. Savigny, System, Bd. 8 S. 58 ff.; Kierulff, Civilrecht, S. 122 ff.; Wetzell, Civilprozeß, § 40; Windscheid, Pandekten, Bd. 1 § 36; Koch, Privatrecht, Bd. 1 § 219; Dernburg, Pandekten, § 46; Entsch. des R. O. H. G. Bd. 13 S. 363.) — (R. G. 18. VI. 85.) R. C. XV. (95.) 367. 368.

3. **Die Frage, ob Jemand seinen Wohnsitz aufgegeben habe, ist nach Partikularrecht zu beurtheilen, die Frage, ob er seinen Wohnsitz anderswo genommen, nach dem Recht des derzeitigen Wohnsitzes** (also eventuell nach

Digitized by Google

ausländischem Recht, § 23 der Einl. z. A. L. R.; §§ 13, 18 der R. C. P. O.). — (R. G. 25. X. 83.) A. IX. (13.) 65.

4. **Der Gerichtsstand des Wohnsitzes wird durch Strafhaft nicht verändert.** Die Begründung eines neuen Wohnsitzes setzt aber nicht bloß einen faktischen Aufenthalt d. i. die körperliche Anwesenheit an einem bestimmten Ort voraus, sondern den ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen, den bisherigen Wohnsitz aufzugeben und an jenem Ort den neuen Wohnsitz aufzuschlagen. Urtheil des Reichsgerichts vom 23. Oktober 1884. Urtheile u. Annalen des R. G. Bd. 1 Nr. 77 S. 128. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 10 S. 348.

5. **Der in Strafhaft befindliche frühere Rechtsanwalt behält seinen früheren Wohnsitz bei.** (R. G. 23. X. 84.) U. u. A. I. (54.) 106.

1. Domicilium necessarium.

(§§ 14—16.)

§ 14. **§ 14.**

Militärpersonen haben in Ansehung des Gerichtsstandes ihren Wohnsitz am Garnisonorte.

Diese Bestimmung findet auf diejenigen Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder welche selbstständig einen Wohnsitz nicht begründen können, keine Anwendung.

§§ 21, 55. M. St. G. B. v. 20/6. 72. § 4. R. M. G. v. 2/5. 74.

1. **Gerichtsstand der à la suite gestellten und beurlaubten Offiziere.** Urtheil des Reichsgerichts v. 16. März 1881. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 233 S. 351.

§ 15. **§ 15.**

Als Wohnsitz der Militärpersonen, welche zu einem Truppentheile gehören, der im Deutschen Reich keinen Garnisonort hat, gilt in Ansehung des Gerichtsstandes der letzte deutsche Garnisonort des Truppentheils.

§ 16. **§ 16.**

Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen, sowie die im Auslande angestellten Beamten des Reichs oder eines Bundesstaates behalten in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz, welchen sie in dem Heimathsstaate hatten. In Ermangelung eines solchen Wohnsitzes gilt die Hauptstadt des Heimathsstaats als ihr Wohnsitz. Ist die Hauptstadt in mehrere Gerichtsbezirke getheilt, so wird der als Wohnsitz geltende Bezirk im Wege der Justizverwaltung durch allgemeine Anordnung bestimmt.

Auf Wahlkonsuln finden diese Bestimmungen keine Anwendung.

G. V. G. §§ 18—21. R. Beamten G. v. 31/3. 73. § 21. R. Kons. G. v. 8/11. 67. §§ 9 ff.

2. Abgeleiteter (accessorischer) Gerichtsstand.

§ 17. **§ 17.**

Die Ehefrau theilt in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Ehemannes, insofern nicht auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett erkannt ist.

Eheliche und diesen gleichgestellte Kinder theilen in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Vaters, uneheliche den Wohnsitz der Mutter. Sie behalten diesen Wohnsitz, bis sie denselben in rechtsgültiger Weise aufgeben.

R. G. v. 6/2. 75. § 77.

1. Der § 17 Abs. 1 der C. P. O. regelt den Gerichtsstand der dauernd von Tisch und Bett getrennten Ehefrau; **dabei handelt es sich nicht allein um die schon vor dem Gesetze vom 6. Februar 1875 also Ge-**

Digitized by Google

trennten, sondern auch um die, welche, gleichviel wann, im Auslande auf Lebenszeit von Tisch und Bett getrennt, ihren Wohnsitz im Deutschen Reiche genommen haben. (R. G. 22. IV. 84.) R. C. XI. (9.) 30.

II. Der Gerichtsstand des Aufenthaltsortes.

§ 18.

Der allgemeine Gerichtsstand einer Person, welche keinen Wohnsitz hat, wird durch den Aufenthaltsort im Deutschen Reich und, wenn ein solcher nicht bekannt ist, durch den letzten Wohnsitz bestimmt.

§§ 568, 594.

III. Der Gerichtsstand des Sitzes der Verwaltung.

(§§ 19. 20.)

§ 19.

§ 19.

Der allgemeine Gerichtsstand der Gemeinden, der Korporationen, sowie derjenigen Gesellschaften, Genossenschaften oder anderen Personenvereine und derjenigen Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen, welche als solche verklagt werden können, wird durch den Sitz derselben bestimmt. Als Sitz gilt, wenn nicht ein Anderes erhellt, der Ort, wo die Verwaltung geführt wird.

E. G. § 15 Nr. 2. R. G., betr. Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften v. 4/7. 68. H. G. B. Art. 111, 164, 213.

Gewerkschaften haben den allgemeinen Gerichtsstand bei dem Gerichte, in dessen Bezirke das Bergwerk liegt; Behörden, wenn sie als solche verklagt werden können, bei dem Gerichte ihres Amtssitzes.

Neben dem durch die Vorschriften dieses Paragraphen bestimmten Gerichtsstande ist ein durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelter Gerichtsstand zulässig.

§ 35.

§ 20.

§ 20.

Der allgemeine Gerichtsstand des Fiskus wird durch den Sitz der Behörde bestimmt, welche berufen ist, den Fiskus in dem Rechtsstreite zu vertreten.

R. M. Pens. G. v. 27/6. 71. § 116. R. Post-G. v. 28/10. 71. § 13. R. Beamten-G. v. 31/3. 73. §. 151. Patentgesetz v. 25/5. 77. § 5.

1. Für die Entscheidung der Frage, **welche Behörde die Staatseisenbahnverwaltung im Prozesse zu vertreten hat,** sind die Bestimmungen des Allerhöchsten Erlasses vom 24. November 1879 maßgebend, durch welchen die Organisation der Verwaltung der Staatsbahnen und der vom Staate verwalteten Privatbahnen von dem hierzu berufenen Inhaber der Staatsgewalt geregelt worden ist, und welcher ebendeßhalb, soweit er die Frage, um welche es sich handelt, entscheidet, eine Rechtsnorm im Sinne des § 12 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung enthält. Durch diesen Erlaß ist die Erledigung der laufenden Geschäfte der Bau- und Betriebsverwaltung, soweit diese Geschäfte nicht den Eisenbahndirektionen, bezw. dem Ressortminister vorbehalten sind, den Eisenbahnbetriebsämtern übertragen worden; diesen letzteren steht insbesondere in den zu ihrer Zuständigkeit gehörigen Angelegenheiten die Vertretung des Staates im Prozesse zu. Das Reichsgericht hat denn auch bereits ausgesprochen, daß in Haftpflichtprozessen ohne Rücksicht auf den Betrag der geforderten Rente zur Vertretung des Staates im Prozesse die Eisenbahnbetriebsämter *befugt* seien, daß nämlich durch § 14 Ziff. 3 c des Erlasses den Direktionen die Entscheidung über Ansprüche aus dem Haftpflichtgesetze,

Digitized by Google

wenn die vergleichsweise zu gewährende Entschädigung eine jährliche Rente von 300 M. übersteige, nicht aber die Führung von Prozessen über Ansprüche in diesem Betrage vorbehalten sei. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 5 S. 427—428.) Nun sind allerdings die Betriebsämter den Direktionen, deren Weisungen sie Folge zu leisten haben, unterstellt, gleichwie die Direktionen ihrerseits dem Ministerium unterstellt sind. Der Geschäftskreis dieser letzteren Behörde ist jedoch genau abgegrenzt; soweit nicht ihnen Verwaltungshandlungen zugewiesen sind, haben, wie bereits bemerkt, die Betriebsämter die laufenden Geschäfte zu erledigen und diese vertreten „innerhalb ihres Geschäftsbezirkes in den zu ihrer Zuständigkeit gehörigen Angelegenheiten die Verwaltung, welcher sie angehören, selbständig" (§ 16 a. a. O.). Es kann daher nicht angenommen werden, daß neben den Betriebsämtern auch die denselben vorgesetzten Behörden zur Vertretung des Staates im Prozesse berufen seien; dies kann insbesondere aus der erwähnten Bestimmung des § 14 Ziff. 3 c a. a. O. nicht geschlossen werden, da es rechtlich wohl möglich ist, daß der gesetzliche Vertreter im Prozesse zu Abschluß von Vergleichen nicht ermächtigt, daß hierzu die Genehmigung eines Dritten erforderlich ist, ohne daß deßhalb der erstere aufhört, für die Prozeßführung ausschließlicher Vertreter zu sein. (R. G. 17. X. 82.) R. C. VIII. (120.) 404. 405.

2. **Der Fiskus des Bundesstaats ist bei Klagen auf Rückforderung zu Unrecht erhobener Reichsabgaben, Stempel und Zölle der richtige Beklagte.** (§ 12 des Vereinszollges.; § 8 des R. Ges. vom 15. Juli 1879; §§ 26, 29, 32 des R. Ges. vom 1. Juli 1881.) — (R. G. 2. II. 84.) A. IX. (134.) 543. 544.

B. Besondere Gerichtsstände.

(§§ 21—34.)

I. Gerichtsstand des Ortes der Beschäftigung.

§ 21. **§ 21.**

Wenn Personen in einem Orte unter Verhältnissen, welche ihrer Natur nach auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen, insbesondere als Dienstboten, Hand- und Fabrikarbeiter, Gewerbegehülfen, Studirende, Schüler oder Lehrlinge sich aufhalten, so ist das Gericht des Aufenthaltsorts für alle Klagen zuständig, welche gegen diese Personen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche erhoben werden.

Diese Bestimmung findet auf Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung ihrer Wehrpflicht dienen oder welche selbstständig einen Wohnsitz nicht begründen können, in der Art Anwendung, daß an die Stelle des Gerichts des Aufenthaltsorts das Gericht des Garnisonorts tritt.

§§ 14, 55.

1. **Die im § 21 aufgeführten Personenklassen nennt das Gesetz nur beispielsweise.** Das ergibt die dem vorhergehenden allgemeinen Ausdruck „Verhältnisse, welche ihrer Natur nach" u. s. w. gegenüber erfolgte Anwendung des Worts „insbesondere" nach dem üblichen Sprachgebrauch unzweifelhaft. Mit jener Anführung einzelner Personenklassen hat die Anwendung des Gesetzes nicht etwa **auf solche Personen beschränkt** werden sollen, **welche an dem Beschäftigungsort in irgend einem Abhängigkeitsverhältnisse stehen.** Es stehen nicht einmal die sämmtlichen angeführten

Digitized by Google

Personenklassen, z. B. nicht die Studirenden, an ihrem Beschäftigungsort nothwendig in einem Abhängigkeitsverhältniß. Urtheil des O. L. G. zu Celle v. 9. Januar 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 148 S. 223. 224.

2. **Der Aufenthalt braucht kein freiwillig gewählter zu sein, er kann auch ein erzwungener sein.** Urtheil des O. L. G. zu Celle v. 9. Jan. 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 148 S. 224.

3. Der Wortlaut des § 21 der C. P. O., welcher Anwendung finden soll auf „Verhältnisse, welche ihrer Natur nach auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen", ist zunächst so weit gefaßt, daß **die Anwendung auch auf Sträflinge an sich logisch zulässig** ist. Es hat aber nicht jeder Sträfling den Gerichtsstand des § 21, sondern nur der auf längere Zeit detinirte. Ob die von ihm zu verbüßende Strafthat eine solche längere Zeit bildet, hat das Gericht „nach der Natur des in Frage stehenden Verhältnisses" zu ermessen und zu entscheiden. Urtheil des O. L. G. zu Celle v. 9. Januar 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 148 S. 223. 224.

II. Der Gerichtsstand der Niederlassung.

§ 22.

§ 22.

Hat Jemand zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes eine Niederlassung, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden, so können gegen ihn alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben, bei dem Gerichte des Orts erhoben werden, wo die Niederlassung sich befindet.

Der Gerichtsstand der Niederlassung ist auch für Klagen gegen Personen begründet, welche ein mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter bewirthschaften, soweit diese Klagen die auf die Bewirthschaftung des Guts sich beziehenden Rechtsverhältnisse betreffen.

1. Den **Begriff der „Niederlassung"** bestimmt das Gesetz nicht näher. Sichere Anhalte für dessen Bestimmung sind jedoch durch die Begründung des Entwurfs der C. P. O. gegeben. Wie hier (S. 412 der Kortkampf'schen Ausgabe) ausdrücklich hervorgehoben wird, ist der besondere Gerichtsstand der Niederlassung dem Gerichtsstande des Wohnsitzes „nachgebildet". „Das Etablissement — fährt die Begründung fort — wird, was die auf den Geschäftsbetrieb desselben bezüglichen Klagen anlangt, dem Wohnsitze gleichgeachtet; dasselbe gilt für das Gut, was die Klagen aus den auf dessen Bewirthschaftung sich beziehenden Rechtsverhältnissen betrifft." Dabei verweist die Begründung auf S. 36 ff. des Kommissionsberichtes der Nürnberger Konferenz über das Rechtshilfegesetz. Das von dieser Konferenz bearbeitete, auch von mehreren deutschen Regierungen genehmigte (im Königreiche Sachsen durch Verordnung vom 16. Januar 1865 bekannt gemachte) „Gesetz, die in den deutschen Bundesstaaten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gegenseitig zu gewährende Rechtshilfe betreffend", enthält im § 5 die nämlichen Vorschriften, welche sich, nur theilweise etwas anders gefaßt, im § 22 der C. P. O. wiederfinden. Zur Auslegung des § 22 darf sonach der gedachte Kommissionsbericht, die Ausarbeitung von Vorschlägen für eine allgemeine Gesetzgebung über den Gerichtsstand und über die Vollziehbarkeit rechtskräftiger Urtheile in den deutschen Bundesstaaten betreffend" (gedruckt Leipzig 1859), benutzt

Digitized by Google

werden. Derſelbe erläutert den Sinn des Geſetzes an mehreren Stellen, von denen gegenwärtig hauptſächlich folgende in Betracht kommen. Zunächſt wird (S. 35 ff. zu § 11 des Entwurfs) mit Bezugnahme auf l, 19. § 2 D. de jud. 5, 1 bemerkt: „Schon gemeinrechtlich wird durch ein Etabliſſement ein Gerichtsſtand begründet. Dieſer Gerichtsſtand iſt kein forum domicilii, ſondern es werden nur auf den Fall, wo jemand kleinere Kreiſe ſeines gewerblichen und Geſchäftslebens an einen von ſeinem Domicile verſchiedenen Ort verlegt hat, für dieſen Kreis die Grundſätze über den Gerichtsſtand des Domicils angewendet; das Etabliſſement wird, was die darauf bezüglichen Klagen anlangt, dem Wohnſitze gleichgeachtet." Sodann heißt es (S. 37): „Nach dem Entwurfe wird das Vorhandenſein einer Niederlaſſung zum Betriebe einer Handlung, einer Fabrik oder eines anderen Gewerbes vorausgeſetzt, von welcher aus unmittelbar Geſchäfte geſchloſſen werden. Es müſſen mithin am Orte des hier fraglichen Gerichtsſtandes ſolche Einrichtungen beſtehen, aus denen ſich ergibt, daß dieſer Ort den Mittelpunkt des Handelsverkehrs oder eines gewiſſen, ſeiner äußeren Erſcheinung nach abgeſonderten Kreiſes des gewerblichen und Geſchäftslebens einer Perſon oder Geſellſchaft bildet, daß der geſammte Handelsverkehr oder jener abgeſonderte Kreis der Geſchäftsthätigkeit hier gewiſſermaßen domicilirt ſei." Sodann erörtert der Bericht die Frage, welchenfalls der Gerichtsſtand des Etabliſſements für Agenturen von Verſicherungsgeſellſchaften zuzulaſſen ſei. Darüber wird (S. 37 ff.) geſagt: „Betreibt eine Verſicherungsgeſellſchaft des Staates A. ihre Geſchäfte in dem Staate B. in der Weiſe, daß ihre dortigen Inſtitoren durch Eröffnung eines Geſchäftslokales, Aushängung einer Firma und Abſchließung der Verſicherungsverträge unter dieſer Firma oder in ſonſtiger Weiſe zu erkennen geben, daß hier ein abgeſonderter Kreis der Geſchäfte jener Verſicherungsgeſellſchaft des Staates A. ſeinen örtlichen Mittelpunkt habe, ſo würde dies allerdings als ein Gewerbsetabliſſement der hier fraglichen Art anzuſehen ſein. Befindet ſich dagegen in dem Staate B. nur eine Agentur jener Verſicherungsgeſellſchaft, welche die Verſicherungsverträge für die Verſicherungsgeſellſchaft des Staates A. vermittelt und die Verſicherungsanträge an letztere zum Behuf des definitiven Abſchluſſes einſendet, ſo würde ſich in dem Staate B. kein örtlicher Mittelpunkt auch nur eines Kreiſes des Geſchäftslebens jener Verſicherungsgeſellſchaft befinden, dieſer Geſchäftsbetrieb vielmehr nur als Ausfluß des Geſchäftsbetriebes der Verſicherungsgeſellſchaft des Staates A. erſcheinen und daher die Vorausſetzung des Gerichtsſtandes des Etabliſſements nicht vorliegen." Die vorſtehenden Erläuterungen haben bei der nachherigen Berathung des Geſetzes inhalts der Konferenzprotokolle (Verhandlungen der Kommiſſion zur Berathung eines allgemeinen deutſchen Handelsgeſetzbuches, die in den deutſchen Bundesſtaaten in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten gegenſeitig zu gewährende Rechtshilfe betreffend, Nürnberg 1861, S. 47 ff., 121 ff.) keinen Widerſpruch gefunden. (R. G. 24. IX. 80.) R. C. II. (107.) 387—389. A. II. (114.) 502.

2. **Gerichtsſtand der Niederlaſſung in Anwendung auf Eiſenbahnen.** Der Betrieb einer Eiſenbahn wird im Geſetz (Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 § 6) als Gewerbebetrieb bezeichnet, und erſcheint ein Betriebsamt, welches innerhalb ſeines Geſchäftsbezirks in den zu ſeiner

Digitized by Google

Zuständigkeit gehörigen Angelegenheiten die Verwaltung, der es angehört, selbständig vertritt, so daß es auch ohne besonderen Auftrag durch seine Rechtshandlungen, Verträge, Prozesse, Vergleiche ꝛc. für die Verwaltung Rechte erwirbt und Verpflichtungen übernimmt, im Sinne des § 22 der C. P. O. als eine solche Niederlassung, welche zur selbständigen und definitiven (nicht bloß vorbereitenden) Abschließung und Erledigung von Geschäften befugt ist, welche in ihren abgesonderten Geschäftsbezirk fallen. Eine solche Selbständigkeit des Betriebsamts in der Geschäftsführung innerhalb eines abgesonderten Wirkungskreises ist der Grund, aus welchem demselben die Eigenschaft einer Niederlassung mit eigenem Gerichtsstande im Sinn des allegirten § 22 beigelegt werden muß. Vgl. die hiermit übereinstimmenden Ausführungen in dem Erkenntniß des R. G. vom 24. Sept. 1880 (Entsch. Bd. 2 S. 386) und in den Erkenntnissen des R. O. H. G. vom 14. Okt. 1874 und 25. Mai 1875 (Entsch. Bd. 14 S. 401, Bd. 17 S. 313, 319—321.) Urtheil des Reichsgerichts vom 23. April 1881. S. A. Bd. 37 bez. 7 Nr. 66 S. 107. 108.

3. **Eisenbahnstationen, selbst die sogenannten Hauptstationen, an denen sich Bahnhöfe befinden, können nicht als Niederlassungen betrachtet werden, wie sie § 22 der C. P. O. vor Augen hat, wenigstens in der Regel nicht.** Eine Eisenbahn, welche die Beförderung von Personen und Gütern auf einer bestimmten Linie gewerbsmäßig besorgt, stellt sich als ein einheitliches Gewerbsunternehmen dar, zum mindesten dann, wenn das Ganze, wie gewöhnlich, von einer Centralstelle aus geleitet wird. Das Unternehmen ist ein untrennbares Ganze, obwohl es zu seiner Durchführung eine räumliche Vertheilung des Betriebes, die Errichtung einer Mehrheit von Anstalten auf verschiedenen Punkten der Bahnlinie erheischt, woselbst die Bahnverwaltung mit dem Publikum unmittelbar Geschäfte (Transportverträge) abschließt, die übernommenen Transporte vorbereitet, beginnt und beendigt. Mögen auch die an den einzelnen Verkehrsstellen verwendeten oberen Beamten in gewissen Geschäftszweigen zu selbständigem Handeln ermächtigt sein, immerhin haben sie dabei die allgemeinen Anordnungen der Hauptverwaltungen über Fahrplan, Fahrgelder, Frachtsätze und sonstige Vertragsbedingungen zu befolgen, und immerhin dient ihre Thätigkeit nur dem Gesammtzwecke des ganzen Unternehmens. Sie treten als bloße Geschäftsvermittler und Gehilfen der Hauptverwaltung auf. Die Station und ihre Verwaltung bildet lediglich einen Bestandtheil des Gesammtunternehmens, einen „Ausfluß des Geschäftsbetriebes" der Centralstelle. Denn wie das Gesammtunternehmen ohne Stationen nicht bestehen könnte, so würden sich auch Stationen ohne Bahnlinie nicht denken lassen. Ein „gesonderter Kreis des Gewerbslebens" der Hauptverwaltung, ein „Mittelpunkt" dieses Gewerbslebens, der ein wohnsitzartiges Verhältniß begründet, liegt im Geschäftsbetriebe der einzelnen Stationen vor Allem darum nicht, weil der Zweck der ganzen Transportanstalt gerade nur durch die ineinander greifende Geschäftsführung sämmtlicher dazu gehöriger Stationsverwaltungen zu erreichen ist. Das auf der einzelnen Station abgeschlossene Transportgeschäft kann nicht von der betreffenden Stationsverwaltung allein, sondern nur unter Mitwirkung anderer Verwaltungsstellen, auch nur vermittelst der von der Hauptverwaltung angeschafften

Digitized by Google

Betriebsmittel und mit Hilfe des zu deren Handhabung und Bedienung angestellten Personales, sowie unter Benutzung von außerhalb der Station gelegenen Bahnstrecken ausgeführt werden. Die einzelne Station verspricht daher durch den von ihr eingegangenen Transportvertrag eine dem Geschäftskreise des Gesammtunternehmens angehörige Leistung, nicht aber eine ihrem Geschäftskreise eigenthümliche Leistung. Zuzugeben ist, daß die Verwaltung der einzelnen Station sich gewöhnlich mit bestimmten Klassen von Geschäften befaßt, welche eben nur an dieser Station vorkommen. Die von der Station ausgehenden Transporte pflegen lediglich dort, auf der Abgangsstation, nicht auf anderen Stationen übernommen zu werden, und ebenso regelmäßig ist die Ankunftsstation mit der Einhebung der nicht zum Voraus gezahlten Frachtgelder beauftragt. Allein diese durch die Natur der Sache gebotene örtliche Vertheilung des Geschäftsbetriebes rechtfertigt eine Zerlegung des Geschäftsbetriebes der Gesammtunternehmung in eine Mehrzahl nach Stationen gesonderter, in sich selbständiger Kreise des Geschäftslebens um so weniger, als die Station — und das ist ein zweites Merkmal, das ihr zum Begriffe der Niederlassung fehlt — „ihrer äußeren Erscheinung nach" keine vom Geschäftskreise des Ganzen abgegrenzte gewerbliche Stellung einnimmt. Einrichtungen, aus denen hervorginge, daß die Hauptverwaltung der Bahn am Stationsorte einen besonderen Zweig ihres Transportunternehmens betreiben läßt, bestehen auf der Station nicht. Namentlich führt die Stationsverwaltung keine eigene, von der Benennung des Gesammtunternehmens verschiedene Firma. Sie contrahirt im Namen der Hauptverwaltung. In der That also sind hier nahezu die nämlichen Erwägungen maßgebend, welche gegen die Eintragung einer Eisenbahnstation als Zweigniederlassung in das Handelsregister sprechen. (Zu vgl. Anschütz u. v. Völderndorff, Komment. z. H. G. B. Bd. 1 S. 177 ff. — R. O. H. G.-Entscheidungen, Bd. 14 Nr. 125 S. 402. — Zu § 22 der C. P. O. sind abweichender Ansicht die Kommentare von Kleiner, Bd. 1 S. 158, Petersen, Bd. 1 S. 68, Gaupp, Bd. 1 S. 73, Puchelt, Bd. 1 S. 158 ff.) Soll eine Eisenbahnverwaltung dem Gerichtsstande der Niederlassung unterworfen werden, so wäre derselbe nur an dem Orte zu suchen, wo sich der Sitz der Hauptverwaltung befindet. Allerdings können ausnahmsweise Verhältnisse obwalten, welche einer Eisenbahnstation nach gewisser Richtung hin die Eigenschaft einer Niederlassung der in § 22 der C. P. O. bemerkten Art geben. Unter anderem kann das nach Befinden der Fall sein, wenn die Stationsverwaltung ein dem eigentlichen Zwecke des ganzen Unternehmens fremdes Nebengewerbe betreibt. (R. G. 24. IX. 80.) R. C. II. (107.) 389—391. A. II. (114.) 502—504.

4. **Der Gerichtsstand des § 22 der Reichs-Civilprozeßordnung findet auch auf die Klage Anwendung, welche ein für den Geschäftsbetrieb am Orte der Niederlassung aufgestellter Geschäftsführer auf Bezahlung des ihm zugesicherten Honorars und der von ihm während des Geschäftsbetriebes für dasselbe gemachten Auslagen erhoben hat.** Es handelt sich hier nicht nur um eine lokale Einrichtung zum Betriebe eines Geschäftes, wie sie zur Annahme einer Niederlassung im Allgemeinen erforderlich ist (Seuffert, Kommentar zur Civilprozeßordnung, II. Aufl., zu § 22), sondern

Digitized by Google

auch um einen unmittelbaren Abschluß von Geschäften vom Orte der Niederlassung aus. Die Bestimmung des § 22 der Civilprozeßordnung, wonach alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben, bei dem Gerichte des Ortes der Niederlassung erhoben werden können, ist nicht etwa in dem beschränkten Sinne aufzufassen, daß die betreffenden Klagen nur die Geschäfte zum Gegenstande haben können, welche von der Niederlassung aus geschlossen werden, sondern sie findet ihrem ganz allgemeinen Ausdrucke nach unzweifelhaft auch auf eine Klage Anwendung, welche auf Bezahlung des dem Geschäftsführer für den Geschäftsbetrieb am Orte der Niederlassung zugesicherten Honorars, sowie auf Vergütung der vom Geschäftsführer während des Geschäftsbetriebs zum Behufe des letzteren gemachten Vorschüsse und Auslagen gerichtet ist und somit auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug hat. (B. O. L. 17. IV. 85.) S. XI. (41.) 110—112.

III. Gerichtsstand des Sitzes der Verwaltung.

§ 23.

§ 23.

Das Gericht, bei welchem Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Genossenschaften oder andere Personenvereine den allgemeinen Gerichtsstand haben, ist für die Klagen zuständig, welche von denselben gegen ihre Mitglieder als solche oder von den Mitgliedern in dieser Eigenschaft gegen einander erhoben werden.

1. **Der § 23 der C. P. O. findet Anwendung, wenn eine Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit gegen einen bei ihr Versicherten auf Zahlung der Prämie klagt.** Derselbe bestimmt, daß das Gericht, bei welchem Gesellschaften den allgemeinen Gerichtsstand haben, für die Klagen zuständig sei, welche von denselben gegen ihre Mitglieder als solche erhoben werden. Wenn Jemand dadurch, daß er sein Leben bei einer Gesellschaft versichert, Mitglied derselben wird und so lange bleibt als die Versicherung dauert, so darf die Gesellschaft, die ihr gegen dieses Mitglied zustehenden Ansprüche im allgemeinen Gerichtsstande der Gesellschaft geltend machen. Zu diesen Ansprüchen ist auch derjenige auf Zahlung der Prämie zu rechnen. Der bei einer Gegenseitigkeitsgesellschaft Versicherte ist nicht bezüglich seiner Versicherung ein der Gesellschaft gegenüberstehender Dritter; er schließt nicht mit der Gesellschaft zwei Verträge, einen Versicherungsvertrag und einen zweiten Vertrag über seinen Beitritt zur Gesellschaft ab, sondern nur einen Vertrag, welcher den Versicherungsvertrag und den Beitritt zur Gesellschaft nach dem Statut in sich vereinigt. Die Prämienzahlung beruht nicht auf einer, der Mitgliedschaft fremden Verpflichtung; die Prämie ist zugleich die bei dem durch die Versicherung erfolgenden Eintritt in die Gesellschaft vorläufig, unter Vorbehalt der Nachzahlung oder theilweisen Rückzahlung je nach dem Jahresschlusse berechnete Einlage des Gesellschafters in die Gesellschaft, nach deren Betrage seine Rechte und Pflichten als Theilhaber der Gesellschaft bemessen werden; die Klage auf Zahlung der Prämie ist also eine auf Grund des Gesellschaftsvertrags von der Gesellschaft gegen das Mitglied als solches gerichtete Klage. (R. G. 29. I. 81.) R. C. III. (108.) 386. 387. A. III. (87.) 322. 323.

2. **Die Versicherungsgenossenschaften auf Gegenseitigkeit sind berechtigt, in ihrem eigenen allgemeinen Gerichtsstande wegen rückständiger Prämien**

Digitized by Google

gegen die Versicherten zu klagen. Es handelt sich hierbei um Klagen, welche eine Genossenschaft „gegen ihre Mitglieder als solche" erhebt. Die Voraussetzungen des § 23 sind durch den Grund, wie durch den Gegenstand der Klage gegeben. Verträge, durch welche der genossenschaftliche Verband hergestellt wurde, bilden den Grund, genossenschaftliche Leistungen den Gegenstand. Bei Versicherungsgenossenschaften auf Gegenseitigkeit verpflichten sich die Mitglieder unter einander zu gemeinschaftlicher Tragung der von den Einzelnen versicherten Schäden. Jeder, der einen Versicherungsvertrag mit der Genossenschaft schließt, tritt damit regelmäßig in ein zwiefaches Rechtsverhältniß: er wird Versicherter, gleichzeitig aber Mitglied der versichernden Genossenschaft. Indem er sich von der eigenen Gefahr befreit, das Recht auf den Ersatz der ihn treffenden Schäden aus dem Genossenschaftsvermögen erwirbt, übernimmt er zugleich die Gefahren der anderen Genossenschafter, die Pflicht zum Mitersatz der fremden Schäden. Was der einzelne an Prämien und Nachschüssen zur gemeinsamen Kasse beiträgt, ist nicht allein Gegenleistung für die ihm gebührenden Leistungen der Genossenschaft, sondern auch — und dies vorwiegend — eine genossenschaftliche Leistung. Diese Beiträge machen einen wesentlichen Bestandtheil des Vermögens aus, welches die Genossenschaft zur Erreichung ihrer Zwecke verwendet; sie gelten als Einlagen in die Genossenschaft; nach ihrer Höhe berechnet sich der Geschäftsantheil des Einlegers. Als eigentliche (feste) Versicherungsprämien sind sie nicht anzusehen. Aus der Versicherung gegen feste Prämie gedenkt der Versicherer Gewinn zu ziehen; die Prämie verbleibt ihm, selbst wenn dem Versicherten kein Schaden entstanden ist. Anders verhält es sich mit der Versicherung auf Gegenseitigkeit. Hier erwartet der Versicherer, die Genossenschaft, keinen Gewinn aus dem Versicherungsgeschäfte; die gegenseitige Versicherung soll lediglich dem einzelnen die Tragung der Gefahr durch Vertheilung des wirklichen Schadens auf alle erleichtern. Die zum voraus, bei Beginn der Versicherungszeit, unter der Benennung „Prämie" den Mitgliedern abgeforderten Geldbeträge sind an sich bloße — die Genossenschaft sicherstellende — Vorschüsse auf das, was möglicherweise künftig an Schädenvergütungen zu zahlen ist. Bei Ablauf der Versicherungszeit erhält der einzelne das nicht verbrauchte nach Abzug der Verwaltungskosten und Reserven zurück; ein etwaiger Mehrbedarf wird durch Nachzahlungen der Mitglieder gedeckt. **Der Gerichtsstand des § 23 beruht,** wie die Motive zu § 23 des Entwurfes der C. P. O. (S. 412 der Krotkampfschen Ausgabe) hervorheben, **auf einem sachlichen Grunde.** Letzterer besteht offenbar darin, daß die Mittel zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über genossenschaftliche Verhältnisse am Sitze der Genossenschaft eher und sicherer, als anderswo, zu erlangen sind. (Anschütz und Völderndorff, Kommentar zum H. G. B. Bd. 3 S. 23 fg. Entsch. des R. O. H. G.'s Bd. 4 Nr. 42 S. 200 fg., Bd. 8 Nr. 48 S. 182 fg.; Kommentar zur C. P. O. von Puchelt, Bd. 1 S. 161 Nr. 4; Petersen, Bd. 1, S. 71 Nr. 2; Kleiner, Bd. 1 S. 164; Gaupp, Bd. 1 S. 76 Nr. 2.) (R. G. 5. IV. 81.) R. C. IV. (111.) 394—399. A. III. (145.) 522—525.

3. **Die Zuständigkeit des § 23 der R. C. P. O. ist nur für Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit, nicht für Versicherungs-Aktiengesellschaften gegeben.** (R. G. 17. VI. 82.) A. VI. (19.) 124. 125.

Digitized by Google

4. **Der § 23 setzt nicht voraus, daß der Beklagte zur Zeit der Erhebung der Klage noch Mitglied ist, sondern nur, daß die Mitgliedschaft der Grund des Klageanspruches der Gesellschaft gegen den Beklagten ist.** (R. G. 29. I. 81.) R. C. III. (108.) 388.

IV. Gerichtsstand des Vermögens.

§ 24.

§ 24.

Für Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen eine Person, welche im Deutschen Reich keinen Wohnsitz hat, ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke sich Vermögen derselben oder der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befindet. Bei Forderungen gilt als der Ort, wo das Vermögen sich befindet, der Wohnsitz des Schuldners und, wenn für die Forderung eine Sache zur Sicherheit haftet, auch der Ort, wo die Sache sich befindet.

§ 705.

1. Der § 24 der C. P. O. hat, indem er den Ausländern gegenüber den Gerichtsstand des Vermögens allgemein zuläßt, wesentlich den **Zweck**, die inländischen Gläubiger dadurch zu schützen, daß die im Inlande vorhandenen Vermögensstücke als Gegenstände der Zwangsvollstreckung benutzt werden können. (R. G. 13. I. 85.) R. C. XIV. (117.) 425.

2. **Der § 24 führt nur im Interesse der inländischen Gläubiger in weiter Ausdehnung den Gerichtsstand des Vermögens ein,** indem für Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen eine Person, welche im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz hat, das Gericht für zuständig erklärt wird, in dessen Bezirke sich Vermögen derselben befindet, wobei es **unwesentlich** ist, **ob dieses Vermögen der Zwangsvollstreckung unterworfen, ob es groß oder gering ist.** (Entsch. d. R. G.'s in Civils. Bd. 4 Nr. 115 S. 408.) (R. G. 28. III. 82.) R. C. VI. (125.) 403. (S. auch R. G. 11. XII. 84 in R. C. XIV. (115.) 409.)

3. **Das Vorhandensein von Vermögen genügt zur Begründung des Gerichtsstandes des § 24, ohne daß auf die Beschaffenheit des Vermögens, insbesondere darauf etwas ankommt, ob dasselbe der Zwangsvollstreckung zugänglich, überhaupt zur Beitreibung des Klaganspruches verwendbar sei oder nicht.** Ein solcher Unterschied, den das Gesetz nicht kennt, darf in dasselbe um so weniger hineingetragen werden, als die Vorarbeiten zur C. P. O. eine hierauf gerichtete Absicht des Gesetzgebers nicht ergeben und weit eher für die gegentheilige Absicht sprechen. Allerdings besagen die Motive des Entwurfs (S. 412 der Kortkampf'schen Ausgabe): „Der Gerichtsstand des § 24 habe vorzugsweise den Zweck, daß die im Inlande vorhandenen Vermögensstücke als Gegenstände der Zwangsvollstreckung benutzt werden können". Daraus folgern aber die Motive nur „die Beschränkung dieses Gerichtsstandes auf Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche". Hiermit ist der Gedanke, daß lediglich das im Sprengel des Prozeßgerichts vorhandene Schuldvermögen in Betracht kommen solle und daß, wo dieses keinen Hilfsgegenstand darbiete, auch der Gerichtsstand des Vermögens nicht eintrete, keineswegs ausgedrückt. Die Motive handeln an jener Stelle ganz allgemein von den „im Inlande", nicht bloß von den unter dem Prozeßgerichte befindlichen Vermögensstücken, bezeichnen auch die Vermittelung einer Zwangsvollstreckung im Inlande nur als den „vorzugsweisen", nicht als den alleinigen

Digitized by Google

Zweck des Gerichtsstandes. Das Gesetz dient weiter gehenden Zwecken; es will überhaupt, wie die Motive an einer anderen Stelle hervorheben, „die Gläubiger der im Auslande wohnenden oder im Inlande ohne Domicil sich umhertreibenden Schuldner schützen". Ein im Gerichtsstande des Vermögens ergangenes Urtheil kann auch in anderen Gerichtsbezirken, nach Befinden selbst im Auslande vollstreckt werden. In der Regel wird zwar der Kläger diesen Gerichtsstand nicht anrufen, wenn er aus den Gütern, die der Beklagte im Gerichtsbezirke hat, keine Deckung erwarten darf. Gleichwohl sind die Rechtsuchenden nicht behindert, von dem erwähnten Gerichtsstande auch in Fällen Gebrauch zu machen, wo eine solche Deckung nicht in Aussicht steht; und das ist unter Umständen sogar nicht unzweckmäßig. Möglicherweise liegt dem durch die Wohnsitzlosigkeit des Schuldners gefährdeten Gläubiger vorläufig nur daran, ein vollstreckbares Urtheil auszuwirken, um jede etwa später sich zeigende Gelegenheit zur Verfolgung seines Rechtes sofort benutzen zu können. Wie wenig übrigens das Gesetz die Füglichkeit der Zwangsvollstreckung in das den Gerichtsstand herstellende Vermögen für maßgebend erachtet, erhellt weiter noch aus Folgendem. Die Motive bemerken ausdrücklich: „In der Ausdehnung des § 24 ist dies Forum dem gemeinen Rechte ꝛc. nicht bekannt und es stehen ihr insofern legislative Bedenken entgegen, als u. s. w. jedes geringfügige, vielleicht nur zufällig zurückgelassene Vermögensstück einen Gerichtsstand herbeizuführen vermag". Hiermit ist anerkannt, daß selbst ein unbedeutendes Vermögensstück, dessen Werth nicht einmal die vorweg abzuziehenden Kosten der Zwangsvollstreckung decken würde (§ 697 Abs. 1 § 708 Abs. 2 der C. P. O.) den Eigenthümer einer an sich fremden Gerichtsbarkeit unterwerfen kann. Sodann sind bei den Berathungen der Reichstagskommission Anträge, welche dahin gingen, die Vollstreckbarkeit des im Gerichtsstande des § 24 erlassenen Urtheils auf das den Gerichtsstand begründende Vermögen einzuschränken und in gleichem Sinne die Bestimmungen von § 729 Abs. 2 der C. P. O. umzuändern, abgelehnt worden (Protokolle S. 9 ff. 296 ff.). Endlich kommt noch in Betracht, daß es nach § 235 Ziff. 2 C. P. O. für den Gerichtsstand ohne Einfluß ist, ob die Vermögensstücke des Beklagten, welche zur Zeit der Klagerhebung im Bezirke des Prozeßgerichts waren, dort verbleiben oder während des Rechtsstreites daraus entfernt werden. Einen das Verbleiben sichernden Arrestschlag erfordert die C. P. O. nicht (vgl. Protok. der Kommission S. 428 f.). (R. G. 29. IV. 81.) R. C. IV. (115.) 408—411. A. III. (175.) 624—627. (R. C. VI. (125.) 403.)

4. Die Voraussetzung des Gerichtsstandes des Vermögens (§ 24 der C. P. O.) ist nur 1) daß der Beklagte — gleichviel ob Ausländer oder Deutscher — innerhalb des Deutschen Reiches keinen Wohnsitz, wohl aber Vermögen hat; 2) daß die erhobene Klage einen vermögensrechtlichen Anspruch zum Gegenstande hat. Wenn nun auch die Motive zur C. P. O. ausdrücklich betonen, daß der Gerichtsstand des § 24 vorzugsweise den Zweck habe, die Benutzung der im Inlande vorhandenen Vermögensstücke als Gegenstände der Zwangsvollstreckung zu sichern (vgl. Hahn, Mat. zur C. P. O. 2. Bd. 1. Abth. S. 154), so ist doch weder aus dem Wortlaute des § 24 noch aus den diesfallsigen Motiven zu entnehmen, daß der betreffende Kläger ein Inländer sein müsse, und daß die

Digitized by Google

fragliche prozessuale Bestimmung einzig und allein zum Schutz der Angehörigen des Deutschen Reichs geschaffen werden wollte. Vielmehr will das Gesetz die Gläubiger der im Auslande wohnenden oder im Inlande ohne Domizil sich herumtreibenden Schuldner schützen (Hahn a. a. O.), ohne in dieser Beziehung einen Unterschied zu machen, ob der einschlägige Gläubiger ein In- oder Ausländer ist. Wenn dieselben Motive von den im Inlande vorhandenen Vermögensstücken des Schuldners sprechen, welche als Gegenstände der Zwangsvollstreckung benutzt werden können, so folgt hieraus in keiner Weise, daß sich nur Inländer dieses Gerichtsstandes bedienen können. Auch daraus, daß § 24 voraussetzt, daß eine Person im Deutschen Reich keinen Wohnsitz hat, kann nicht die Folgerung gezogen werden, daß diese Bestimmung nur für Deutsche, nicht aber für Ausländer gegeben sei. Urtheil des obersten L. G. f. Bayern vom 9. Februar 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (219.) 342. 343 u. S. XI. (122.) 331. 332.

5. **Der § 24 erfordert negativ, daß der Beklagte einen Wohnsitz im Deutschen Reiche nicht hat und positiv, daß im Bezirke des angerufenen Gerichts Vermögen des Beklagten sich befindet, wobei bei Forderungen als Ort, wo das Vermögen sich befindet, der Wohnsitz des Schuldners gilt.** (R. G. 20. VI. 82.) R. C. VII. (97.) 323. 324. A. VI. (33.) 148.

6. Wenn § 24 der C. P. O. gestattet, vermögensrechtliche Ansprüche gegen Personen, welche im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz haben, vor dem Gerichte einzuklagen, in dessen Bezirke sich Vermögen derselben befindet, so ist eben dieser Umstand, **das Vorhandensein von Vermögen des Beklagten im Gerichtssprengel, wesentliche Vorbedingung für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes**, also wie jede andere, die Zuständigkeit bestimmende Thatsache, wenn nöthig, **vom Kläger zu erweisen.** In einigen Fällen entscheidet allerdings schon die Eigenschaft und die Begründung der Klage über den Gerichtsstand. So ist beispielsweise die auf Erfüllung eines Vertrages gerichtete Klage vor dem Gerichte des Orts zuzulassen, an welchem nach dem Anführen des Klägers der Vertrag zu erfüllen wäre, sollten auch die Unterlagen der Klagbitte noch unerwiesen sein. (Wetzell, Syst. d. ord. Civ. Proz. § 70 S. 943 der 3. Aufl., Leyser, med. ad Pand. spec. 73 m. 2.) Anders verhält es sich mit dem in § 24 der C. P. O. geregelten Gerichtsstande. Für diesen ist die Beschaffenheit der Klage nicht allein maßgebend, sondern es müssen noch andere, zur Klagebegründung an sich nicht erforderliche Thatsachen hinzutreten und dieselben müssen, wenn bestritten, bewiesen werden, ehe es zur eigentlichen Streitverhandlung kommen kann. Eine derartige Thatsache ist das Vorfinden von Vermögen des Beklagten im Gerichtsbezirke. (R. G. 25. I. 81.) R. C. III. (107.) 382. A. III. (88.) 323. 324.

7. **Für die Zuständigkeitsfrage ist der Tag der Klagezustellung an den Beklagten maßgebend.** Hat an diesem Tage der Beklagte eine Forderung im Inlande, so ist das Gericht, wo die Forderung existirt, zuständig. (R. G. 1. VI. 80.) R. C. I. (157.) 435 f. A. II. (40.) 201—203.

8. **Der Gerichtsstand des Vermögens (§ 24 C. P. O.) wird nicht durch eine Forderung des Beklagten begründet, welche nicht vorhanden sein**

Digitized by Google

kann, wenn die Klagansprüche bestehen. (R. G. 25. I. 81.) R. C. III. (107.) 382. 383. (R. H. XVI. (65.) 266.)

9. **Gegenüber der im Gerichtsstande des § 24 der C. P. O. erhobenen Klage greift, wenn die in jener Gesetzesstelle normirten Voraussetzungen des Gerichtsstandes gegeben sind, die darauf gegründete Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes nicht durch, daß die Existenz jener Voraussetzungen durch ein arglistiges Verhalten des Beklagten herbeigeführt sei.** Die Bestimmung des § 24 der C. P. O. gehört dem öffentlichen Prozeßrechte an. Nach diesem Rechte ist der Gerichtsstand mit der objektiven Existenz bestimmter, von diesem Rechte festgesetzter Voraussetzungen gegeben. In dem öffentlichen Prozeßrechte ist nicht bestimmt, daß trotzdem, wenn bestimmte sonstige Thatbestände gegeben seien, die Klagerhebung in dem gekennzeichneten Gerichtsstande (etwa weil alsdann in dieser Klagerhebung eine aus Gesichtspunkten des öffentlichen Rechts nicht zu duldende Schikane von dem Gesetze gefunden werde) nicht statthaft sein solle. Der für das Privatrecht geltende Grundsatz, daß Niemand durch arglistiges Verhalten Rechte erwerben könne, kann nicht angerufen werden, um die Klagerhebung in einem Gerichtsstande auszuschließen, dessen durch das Prozeßrecht geregelte Voraussetzungen gegeben sind. In dieser Beziehung greift vielmehr der Grundsatz durch, daß die Bethätigung gesetzlich unter bestimmten Voraussetzungen sanktionirter Schritte Niemandem versagt werden darf, wenn jene gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind. (R. G. 26. V. 86.) R. C. XVI. (96.) 393.

10. Durch eine Kompensationsforderung des Arrestbeklagten wird der Arrestanspruch des Arrestklägers über das „Vermögen" im Sinne des § 24 nicht beseitigt.

11. Bei einer Klage auf Schadensersatz wegen theilweiser Nichterfüllung eines Kaufvertrages kann im Geltungsbereiche des Code civil vom Kläger zur Begründung der Zuständigkeit des Gerichts nach § 24 der C. P. O. nicht geltend gemacht werden, daß er dem im Auslande wohnenden Beklagten einen Kaufpreis für die in Erfüllung des Vertrages gelieferte Waare schulde, da diese Forderung nach der Bestimmung des Art. 1290 Code civil vor der Klagerhebung bereits durch Kompensation erloschen ist. R. C. VII. (89.) 309. Anders ist es nach gemeinem Recht. Nach diesem wird das Forderungsrecht durch ein dem Gläubiger gegenüberstehendes Forderungsrecht des Schuldners nicht direkt und ohne weiteres aufgehoben. Der Schuldner behält, wenn er nicht kompensiren will, sein Forderungsrecht und nur, wenn und insoweit der Schuldner von dem Rechte der Kompensation Gebrauch macht, tritt eine Aufhebung der Forderung ein. (R. G. 20. VI. 82.) R. C. VII. (97.) 325. A. VI. (33.) 148.

12. Unter „**einer Person**" im § 24 sind nicht bloß physische Personen zu verstehen, sondern diese Vorschrift findet auch auf **Handelsgesellschaften** Anwendung. (R. G. 20. VI. 82.) R. C. VII. (97.) 324. A. VI. (33.) 148.

13. **Eine ausländische Handelsgesellschaft wird durch eine Zweigniederlassung im Inlande nicht zu einer inländischen.** (R. G. 20. VI. 82.) R. C. VII. (97.) 324. A. VI. (33.) 148.

14. **Jedes inländische Vermögen des ausländischen Kridars ist pfänd-**

Digitized by Google

bar und begründet das Forum des § 24 der C. P. O. (R. G. 11. XII. 84.) U. u. A. I. (173.) 302.

15. **Der § 24 begründet die Zuständigkeit für Klagen gegen einen Ausländer, gegen welchen im Auslande das Konkursverfahren eröffnet ist.** R. C. I. (157.) 435 f.

16. Die Beantwortung der Frage, **ob gegen einen Schuldner, über dessen Vermögen im Auslande der Konkurs eröffnet worden, wegen einer persönlichen Forderung bei einem deutschen Gerichte, in dessen Bezirke Vermögensgegenstände desselben sich befinden, eine Klage erhoben werden kann,** hängt davon ab, welchen Einfluß nach der deutschen Gesetzgebung, insbesondere nach der deutschen Konkursordnung, die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Ausländers im Auslande auf das im Deutschen Reiche befindliche Vermögen desselben hat. Denn, wenn auch die Frage, ob der erkannte Konkurs das gesammte Vermögen des Gemeinschuldners *umfassen soll*, wo es auch immerhin sich befinden mag, ob im Inlande oder im Auslande, nach der Gesetzgebung des Landes sich richtet, in welchem die Konkurseröffnung stattgefunden hat, so ist doch die Frage, ob und inwieweit der Konkurs auch auf das außerhalb des Landes befindliche Vermögen des Gemeinschuldners *erstreckt werden kann*, davon abhängig, wie zu dieser letzteren Frage die Gesetzgebung des Staates sich verhält, in dessen Gebiete diese Vermögenstheile sich befinden. Denn keine Gesetzgebung kann ihre Machtgewalt über die Staatsgrenzen hinaus geltend machen und jedem Staate ist es unbenommen, der Hereinziehung des in seinem Gebiete befindlichen Vermögens eines Ausländers in das in seinem Heimathsstaate eröffnete Konkursverfahren entgegenzutreten, sei es durch eine Heranziehung dieser Vermögenstheile zu der ausländischen Konkursmasse völlig ausschließende Vorschriften, sei es durch eine solche nur beschränkende Bestimmungen. Die deutsche Konkursordnung enthält derartige Vorschriften nach zwei Richtungen. Wenngleich der Gesetzgeber bezüglich der Wirkungen eines im Auslande eröffneten Konkursverfahrens auf das im Inlande befindliche Vermögen des Gemeinschuldners das Territorialitätsprinzip nicht streng festgehalten, sondern auf einen freieren internationalen Standpunkt sich gestellt und anerkannt hat, daß das im Auslande eröffnete Konkursverfahren seine Wirkungen auch auf das im Inlande befindliche Vermögen des Gemeinschuldners erstrecke, insbesondere davon ausgeht, daß dieses Vermögen von dem Konkursverwalter zur ausländischen Konkursmasse herangezogen werden könne, so ist doch dieses Prinzip im Interesse der inländischen Gläubiger ausländischer Schuldner insofern durchbrochen und in seiner Wirksamkeit wesentlich beschränkt, als einerseits nach § 208 der K. O. über das im Inlande befindliche Vermögen eines Schuldners, welcher im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ein Konkursverfahren eröffnet werden kann, wenn derselbe zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes im Inlande eine Niederlassung hat, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden, oder ein mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden versehenes Gut bewirthschaftet, und zwar auch dann, wenn im Auslande bereits das Konkursverfahren eingeleitet ist, und als andererseits in § 207 bestimmt ist: „Besitzt ein Schuldner, über dessen Vermögen im Auslande ein Konkursverfahren eröffnet worden ist, Ver-

Digitized by Google

mögensgegenstände im Inlande, so ist die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen zulässig." Die Konkursordnung nimmt also für den Fall, daß es an den in § 208 aufgestellten Voraussetzungen für die Eröffnung eines Konkurses über das im Deutschen Reiche befindliche Vermögen des ausländischen Gemeinschuldners fehlt, den Standpunkt ein, daß, so lange noch Vermögen des im Auslande in Konkurs gerathenen Schuldners im Inlande vorhanden ist, dieses als ein zur Zwangsvollstreckung wider ihn dienliches Objekt behandelt werden dürfe, und also *insofern* nicht als ein zur Konkursmasse, sondern dem Schuldner gehöriges Vermögen anzusehen sei. Wie die Konkursordnung dabei keinen Unterschied macht, je nachdem die Gesetzgebung des Auslandes den dort erkannten Konkurs auf das außerhalb des Staatsgebietes befindliche Vermögen des Gemeinschuldners erstreckt und damit dem letzteren die Dispositionsbefugniß über dieses Vermögen entzieht oder nicht, ebensowenig unterscheidet sie zwischen Forderungen und Ansprüchen, welche zur Zeit der Konkurseröffnung bereits vollstreckbar waren, und solchen, welche erst später vollstreckbar geworden sind, und beschränkt ihre Bestimmungen auch nicht in der Richtung, daß diese nur anwendbar sein sollen, so lange der ausländische Konkursverwalter seinen Willen, das im Deutschen Reiche befindliche Vermögen zur Konkursmasse heranzuziehen, nicht zu erkennen gegeben und keine Schritte zu dieser Heranziehung gethan oder dasselbe, während es noch im Deutschen Reiche sich befindet, in Besitz genommen hat. Deßhalb und weil die in § 207 der K. O. enthaltene Vorschrift in Verfolg der Bestimmung in § 24 der C. P. O. und um den mit der letzteren beabsichtigten Zweck des Schutzes der inländischen Gläubiger zu sichern, erlassen ist, da ferner nichts darauf hindeutet, daß dieser Schutz nur denjenigen Gläubigern zu Gute kommen solle, welche schon vor der Konkurseröffnung einen vollstreckbaren Titel sich verschafft haben, **muß davon ausgegangen werden, daß, so lange noch zur Zwangsvollstreckung dienliches Vermögen des ausländischen Gemeinschuldners im Gebiete des Deutschen Reiches sich befindet, inländische Gläubiger auch mit Klagen gegen den im Auslande in Konkurs gerathenen Schuldner in dem durch § 24 der C. P. O. gegebenen Gerichtsstande vorgehen, auch durch Anträge auf arrestatorische Verfügungen die Verabfolgung dieser im Inlande befindlichen Vermögensstücke an die ausländische Konkursmasse verhindern können, daß sie also diejenigen Schritte thun können, welche nach der deutschen Gesetzgebung nothwendig sind, um zur Zwangsvollstreckung in das im Inlande befindliche Vermögen ihres ausländischen Schuldners zu gelangen.** Diese Auffassung der Vorschrift des § 207 der K. O. findet auch darin eine Unterstützung, daß die Bestimmung in § 293 der preuß. Konkursordnung vom 8. Mai 1855, welche das Vorbild des § 207 der K. O. gewesen und mit dem letzteren, soweit es hier interessirt, übereinstimmend vorschreibt: „Besitzt ein Ausländer, über dessen Vermögen im Auslande der Konkurs eröffnet worden ist, im Inlande keine Handelsniederlassung, jedoch anderweitiges Vermögen, so ist die Exekution in das inländische Vermögen zulässig (während die in den §§ 294. 295 enthaltenen Vorschriften als nicht unentbehrlich in die Konkursordnung nicht aufgenommen sind) in der Rechtsprechung sowohl des früheren preuß. Obertribunals (vgl. *Striethorst*, Archiv Bd. 29 S. 291) als des Reichsoberhandels-

Digitized by Google

gerichts (vgl. Entsch. Bd. 2 S. 68) dahin ausgelegt und angewendet ist, daß aus dem Worte „Exekution" nicht zu folgern sei, daß das inländische Vermögen nur von solchen Gläubigern angegriffen werden könne, deren Forderungen bereits exekutionsreif seien, sondern, daß den inländischen Gläubigern das Recht zustehe, auch durch Klagen und Arrest diese Vermögenstheile festzuhalten und zu verhindern, daß dieselben vor ihrer Befriedigung an die ausländische Konkursmasse ausgeantwortet werden. (R. G. 28. III. 82.) R. C. VI. (125.) 403—409.

17. **Der § 24 der C. P. O. darf nicht aus dem § 207 der K. O. einschränkend interpretirt werden.** Der § 207 der K. O. bringt zur besonderen Anwendung für den Fall einer Zwangsvollstreckung den allgemeinen Grundsatz, daß die Rechtsverfolgung gegen einen Ausländer im Inlande, insoweit dieselbe nach den sonstigen diesseitigen Gesetzen zulässig sei, nicht gehindert werden solle durch die im Auslande erfolgende Eröffnung des Konkurses über das Vermögen jenes Ausländers. Der § 24 der C. P. O. enthält eine selbständige allgemeine Norm, welche mit der Zwangsvollstreckung gar nichts zu thun hat, weßwegen es auch (nach Doktrin und oberstrichterlicher Rechtsprechung) für die Anwendung dieser Norm ganz unerheblich ist, ob sich in dem Bezirke des angegangenen Gerichtes solche Vermögensstücke befinden, in welche die Zwangsvollstreckung zulässig ist. Der durch den § 24 der C. P. O. geregelte Gerichtsstand (welcher keineswegs bloß einem Klage erhebenden Inländer, sondern auch einem Ausländer, welcher Klage erhebt, zu gute kommt) ist lediglich an folgende Voraussetzungen geknüpft: 1) daß die betreffende Klage einen vermögensrechtlichen Anspruch betrifft, 2) daß die beklagte Person im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz habe, 3) daß sich zur Zeit der Klagerhebung im Bezirke des angegangenen Gerichtes Vermögen der beklagten Person oder der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befinde, womit die Bestimmung verknüpft ist, daß als der Ort, wo sich das Vermögen befinde, bei Forderungen der Wohnsitz des Schuldners gelte, und wenn für die Forderung eine Sache hafte, auch der Ort, wo diese Sache sich befinde. (R. G. 26. V. 86.) R. C. XVI. (96.) 392. 393.

18. **Die inländische Rechtsverfolgung gegen einen auswärtigen Gemeinschuldner wird durch einen im Auslande eröffneten Konkurs nicht gehindert.** (S. auch R. G. 21. I. 85 in R. C. XIV. (116.) 412.) Aus dem § 207 Abs. 1 der Deutsch. K. O. ergibt sich, daß die deutsche Gesetzgebung die im Deutschen Reiche, abgesehen von einem im Auslande eröffneten Konkurse gegen den Kridar zulässige Rechtsverfolgung, durch ausländische konkursrechtliche und zwar konkursprozessualische Bestimmungen nicht einschränken lassen will. Wenn „die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen" zulässig ist, so muß dieses inländische Vermögen eben wirklich noch als Vermögen des Kridars angesehen werden, weil die Zwangsvollstreckung in ein einem Dritten gehörendes Vermögen ein Unding sein würde. Dann muß dieses Vermögen folgerichtigerweise aber auch im Sinne des § 24 der C. P. O. noch als Vermögen des Gemeinschuldners selbst gelten (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 6 S. 407). Wenn § 11 der K. O. während der Dauer des Konkursverfahrens Arreste und Zwangsvollstreckungen zu Gunsten einzelner Kon-

Digitized by Google

kursgläubiger ausschließt, so spricht er überhaupt nur von der Wirkung deutscher, nicht auch ausländischer Konkurse; denn es versteht sich von der Konkursordnung, als einem Prozeßgesetze, von selbst, daß sie im Allgemeinen, und soweit nicht ausnahmsweise das Gegentheil besonders gesagt ist, nur die inländischen Konkurse zu ihrem Gegenstande hat. Der § 207 der K. O. enthält also nicht eine Ausnahme von der Bestimmung des § 11, sondern einen reinen Gegensatz zu derselben. — Es kommt nun aber noch hinzu, daß auch nach den richtigen allgemeinen Grundsätzen des internationalen Rechtes diejenigen Schranken, welche ein im Auslande eröffnetes Konkursverfahren nach den dort bestehenden Rechtseinrichtungen der Rechtsverfolgung gegen den Gemeinschuldner setzt, als bloß prozeßrechtlicher Natur im Inlande nicht zu beachten sind. (R. G. 11. XII. 84.) R. C. XIV. (115.) 406. 407.

19. Der § 207 der K. O. ist nicht im Sinne eines eingeführten besonderen Befriedigungs- oder Absonderungsrechtes in Bezug auf die im Inlande befindlichen Vermögensobjekte des auswärtigen Gemeinschuldners aufzufassen. Er spricht nur die Geltung des Grundsatzes, daß, insoweit nach hiesigen Gesetzen eine Rechtsverfolgung hier gegen einen Ausländer zulässig ist, sie auch durch Eröffnung des Konkurses über denselben in seinem ausländischen Domizil nicht gehindert wird, besonders für die Verfolgung des Rechtes aus dem Urtheile durch Zwangsvollstreckung innerhalb des Vollstreckungsbereiches der hiesigen Gerichte aus. **Danach kann also trotz des ausländischen Konkurses gegen den ausländischen Gemeinschuldner, soweit sich im Inlande nach dessen Gesetzen ein Gerichtsstand gegen ihn begründen läßt, insbesondere also im Falle des § 24 der C. P. O. im Inlande ein Rechtsanspruch verfolgt werden.** Es ist aber nur die nothwendige Konsequenz dieser zugelassenen Rechtsverfolgung, daß **der Anspruch unmittelbar gegen die Person des Schuldners selbst und nicht gegen die Konkursverwalter oder gegen den Schuldner, vertreten durch die Konkursverwalter, zu richten ist.** Denn der Konkursverwalter hat die Aufgabe, über die Schulden des Gemeinschuldners zu verhandeln und die Befriedigung der festgestellten herbeizuführen, eben nur, soweit es sich um die beschränkte Rechtsverfolgung auf dem durch den Konkurs dargebotenen Wege handelt. Dieser Weg der beschränkten Rechtsverfolgnng wird aber gerade vermieden, wenn trotz des auswärtigen Konkurses im Inlande entsprechend § 24 der C. P. O. geklagt wird. Daß der Konkursverwalter über den Konkurs und seine Zwecke hinaus überhaupt den Gemeinschuldner in Bezug auf die Rechtsverfolgung gegen denselben wegen seiner Schulden vertrete, läßt sich in keiner Weise behaupten. (S. auch R. G. 11. XII. 84 in R. C. XIV. (115.) 405 ff.) Aus der Legitimation der Konkursverwalter zur Verfügung über die Aktiva des Gemeinschuldners folgt nichts für die Vertretung des Gemeinschuldners bei Verfolgung des Anspruches gegen ihn. Denn dieser Anspruch geht nicht darauf, daß der Gemeinschuldner eine Verfügungsbefugniß über einen bestimmten Gegenstand bethätige, sondern auf Erfüllung einer eingegangenen Verpflichtung und nur das Urtheil hat die gesetzliche Wirkung der Vollstreckbarkeit in dem Gemeinschuldner eigenthümlich gehörige Gegenstände, die sich im Inlande vorfinden, wobei es wieder unerheblich ist, ob sie im Verhältnisse des Gemeinschuldners zu den Konkursverwalrern zur Ver-

Digitized by Google

fügung der letzteren stehen. **Bei der von dem auswärtigen Konkursverfahren absehenden Verfolgung eines Anspruches auf Zahlung einer Geldschuld gegen den Gemeinschuldner im Inlande ist der Klagantrag einfach auf Verurtheilung zur Zahlung zu richten. Einer Einschränkung des Klagantrages dahin, daß die Vollstreckbarkeit sich nur auf das im Inlande befindliche Vermögen des Schuldners beziehen dürfe, bedarf es, so wenig eine solche im Falle der Rechtsverfolgung auf Grund des § 24 der C. P. O. überhaupt erfolgt, auch in dem Falle solcher Rechtsverfolgung gegen den im Auslande im Konkurse befindlichen Schuldner nicht.** Daß auf Grund des inländischen Urtheiles nicht der Anspruch auf Vollstreckung in dem Auslande, in welchem der Konkurs schwebt, unter Nichtberücksichtigung jenes Konkurses erhoben werden kann, ist selbstverständlich. Innerhalb desjenigen Bereiches, für welchen das Konkursverfahren auch in seiner Eigenschaft als jede andere Rechtsverfolgung ausschließende Prozedurart maßgebend ist, also in dem Lande, in welchem es eröffnet ist, können auch Ansprüche aus vollstreckbaren Urtheilen nicht in anderer Weise als mittels des Konkursverfahrens zur Befriedigung gelangen (vgl. § 11 der K. O.). (R. G. 21. I. 85.) R. C. XIV. (116.) 414—417.

20. **Wenn eine Klage gegen eine ausländische in Konkurs gerathene Aktiengesellschaft zu richten ist,** so sind bei der Entscheidung, ob eine im Auslande ihren Sitz habende juristische Person zu existiren aufgehört oder ob und in welcher Weise sie in betreff ihrer Organisation und Vertretung eine Aenderung erfahren hat, die rechtlichen Wirkungen maßgebend, welche in betreff der Fortexistenz und Organisation nach den Gesetzen am Sitze der juristischen Person infolge von rechtsverändernden Thatsachen eingetreten sind. Es kann daher in dieser Richtung auch im Inlande die Thatsache der an jenem Sitze erfolgten Konkurseröffnung nicht ignorirt werden. Für die Bejahung der gestellten Frage sprechen allgemeine Gesichtspunkte, von denen zunächst zu vermuthen ist, daß sie von allen modernen Gesetzgebungen getheilt werden. Die physische Person wird, in welchem Umfange auch ihr derzeitiges oder ein noch von ihr zu erwerbendes Vermögen durch den Konkurs ihrer Verfügung entzogen wird, dadurch ihrer Handlungsfähigkeit nicht beraubt. Wie sie im Rechtsverkehre eben Rechtssubjekt ist, gleichviel ob sie überhaupt Vermögen hat, so kann sie sich auch als Rechtssubjekt bethätigen, wenn auch ihr derzeitiges und ein während eines weiteren Zeitraumes von ihr zu erwerbendes Vermögen ihrer Verfügung entzogen ist. Will man vom Standpunkte der praktischen Wirkung die Frage aufwerfen, welches Vermögen durch solche Bethätigung bestrickt wird, so ist hierauf zu antworten, daß, auch wenn man von den durch den Konkurs möglicherweise nicht absorbirten Theilen des demselben unterliegenden Vermögens absieht, da die physische Person, sofern sie nicht auf andere Weise zu existiren aufhört, über den Konkurs hinaus ihre Existenz behält, allerdings ein zukünftiges vom Konkurse freies Vermögen, welches obligirt wird, gesetzt werden kann. Aber es ist gar nicht in dieser Weise zu fragen. Die physische Person obligirt *sich*, nicht ein Vermögen. Ganz anders liegt die Sache bei einer solchen juristischen Person, bei der, wie bei der Aktiengesellschaft, die Persönlichkeit lediglich auf einem bestimmten Vermögen beruht. Hier hört mit der völligen Absorbirung des Vermögens auch die Persönlichkeit

Digitized by Google

auf. Unter dem Vermögen iſt aber bei der Aktiengeſellſchaft das mit dem Grundkapitale erworbene Aktivvermögen, einſchließlich aller möglicherweiſe zur Geltung zu bringenden Anſprüche, und es ſind nicht darunter die Schulden zu verſtehen. Hat nun der Konkurs die Wirkung, das ganze derzeitige und während der Dauer des Konkurſes noch hinzutretende Aktivvermögen des Gemeinſchuldners dem Konkurszwecke zu unterwerfen und es in die Verwaltung und Verfügung des Konkursverwalters zu bringen, ſodaß, wenn man von dem Falle der Wirkung einer Dispoſition des Gemeinſchuldners auf den Fall der Wiedererlangung von Theilen des Vermögens nach Aufhebung des Konkurſes abſieht, nur der Konkursverwalter durch ſeine Rechtshandlungen Folgen für dieſes Vermögen herbeiführt, ſo hat dieſe Wirkung für die in Konkurs verfallende Aktiengeſellſchaft die Bedeutung, daß hier das ganze Leben der Perſönlichkeit als einer, die nach außen handeln könnte, gänzlich durch den Konkurszweck und deſſen Organe abſorbirt wird. Allerdings liegt kein Grund vor und es widerſpräche einem entſchiedenen Bedürfniſſe, die Aktiengeſellſchaft durch den Konkurs für vollſtändig erloſchen anzuſehen. Der Gemeinſchuldner hat noch innerhalb des Konkursverfahrens Pflichten zu erfüllen. Gewiſſe Realiſirungshandlungen ſetzen voraus, daß er wegen ihrer Vornahme gehört iſt, bezw. ſie genehmigt hat. Da das zum Konkurſe gezogene Vermögen das ſeinige iſt, iſt ihm der Konkursverwalter über deſſen Verwendung Rechenſchaft zu geben ſchuldig. Nach Erfüllung des Konkurszweckes übrig bleibendes Vermögen iſt ihm zurückzugeben. Er kann behufs Aufhebung des Konkurſes einen Akkord ſchließen. Alle dieſe Handlungen wären unmöglich gemacht, oder doch bis nahe an der Grenze des Unmöglichen erſchwert, wenn bei einer Aktiengeſellſchaft ſchon durch die Konkurseröffnung die einheitliche Organiſation gänzlich beſeitigt würde und das bisherige Ganze in eine Vielheit nur in thatſächlicher Gemeinſchaft ſtehender Individuen auseinanderfiele. Allein wenn danach auch, ſei es die bisherigen Organe oder ſolche, welche erſt infolge einer neuen Bethätigung der Geſammtheit geſchaffen werden, noch Aufgaben haben, ſo ſind es doch nur auf ganz beſtimmte einzelne Handlungen innerhalb des Konkursverfahrens gerichtete, durch welche im Konkursverfahren Pflichten gegen die Konkursgläubiger oder Rechte des Gemeinſchuldners gegen den Konkursverwalter bethätigt oder behufs Wiederaufhebung des Konkurſes Verpflichtungen, welche nur für den Fall dieſer Wiederaufhebung wirkſam werden ſollen, übernommen werden. Dagegen ſteht den bisherigen oder neu durch den Geſammtheitswillen geſchaffenen Organen der Aktiengeſellſchaft nicht neben dem Konkursverwalter eine generelle Befugniß zu, während des Konkurſes für das Geſellſchaftsvermögen nach außen handelnd aufzutreten. Die **Klage iſt alſo gegen die Aktiengeſellſchaft in Konkurs, vertreten durch die Konkursverwalter zu richten.** (**Ueber Wirkung des Konkurſes auf die Organiſation der Aktiengeſellſchaft, insbeſondere nach belgiſchem und franzöſiſchem Rechte** ſ. R. G. XIV. (116) 419—424.) — (R. G. 21. I. 85.) R. C. XIV. (116.) 417 bis 419 ff.

Digitized by Google

V. Gerichtsstand der belegenen unbeweglichen Sache (dinglicher Gerichtsstand).

(§§ 25—27).

§ 25.

§ 25.

Für Klagen, durch welche das Eigenthum, eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, für Grenzscheidungs-, Theilungs- und Besitzklagen ist, sofern es sich um unbewegliche Sachen handelt, das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirke die Sache belegen ist.

Bei den eine Grunddienstbarkeit oder eine Reallast betreffenden Klagen ist die Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks entscheidend.

1. **Der Gerichtsstand der gelegenen Sache ist ein ausschließlicher, der eine Vereinbarung der Parteien über die Zuständigkeit des Gerichtes nicht zuläßt** (§ 40 der R. C. P. O.) Eine hierauf gestützte prozeßhindernde Einrede kann sonach auch noch in zweiter Instanz erhoben werden (§ 490 a. a. O.) (R. G. 11. VI. 85.) R. C. XIII. (103.) 389.

2. **Die (preußisch-rechtliche) Klage auf Verfolgung des nutzbaren Eigenthumes an einem Fideikommißgute hat den Charakter einer Eigenthumsklage** und fällt in dieser rechtlichen Qualität unter die Vorschrift des § 25 der C. P. O. und daher unter den ausschließlichen Gerichtsstand der belegenen Sache. — Das preußische Allgemeine Landrecht hat — folgend der damaligen Rechtsauffassung — das Eigenthum, als die Vollherrschaft über die Substanz einer Sache, je nach seiner äußeren Erscheinung, in bestimmte Kategorien zerlegt und neben dem Volleigenthum, als der Vereinigung aller Eigenthumsrechte in einer Hand, ein getheiltes Eigenthum anerkannt, bei welchem die Proprietät, d. i. das Verfügungsrecht über die Substanz, mehreren Personen gemeinsam; das nutzbare Eigenthum, d. i. das Recht, die Sache zum eigenen Vortheile zu gebrauchen, aber einer Person gesondert und für sich gebührt (§§ 1. 10. 11. 12. 16. 18—20. A. L. R. I. 8.) Und diese Eigenthumskategorien sind zur praktischen Anwendung gebracht auf die Lehen und Fideikommisse, indem das Obereigenthum — die Proprietät — dem Lehnsherrn bezw. der Gesammtheit der Familie gemeinsam mit dem Vasallen bezw. dem Fideikommißbesitzer das nutzbare Eigenthum aber dem Vasallen bezw. dem Fideikommißbesitzer als besonderes und ausschließliches Eigenthum zusteht (§§ 1 ff. 13 ff. a. a. O. I. 18; §§ 72 ff. a. a. O. II. 4). Das nutzbare Eigenthum und das Miteigenthum an der Proprietät, welche beide zusammen dem Fideikommißbesitzer gebühren, stellen daher in dem Systeme des Allgemeinen Landrechtes eine besondere Kategorie des Eigenthumes dar. Von der Anwendbarkeit des Gerichtsstandes der Erbschaft dem allerdings auch Grundstücke unterworfen sein können (§ 28 a. a. O.), ist abzusehen, wenn es sich nicht um eine Erbschaft oder einen Nachlaß, also auch nicht um Geltendmachung von Erbrechten oder von Ansprüchen an eine Erbschaft oder an die Erben, als solche, handelt, sondern wenn lediglich ein Anspruch auf ein Gut in Frage steht, welches, als Fideikommißgut, von der Universalsuccession ausgeschlossen und nach einer eigenen Successionsordnung auf den berechtigten Anwärter übergehen soll. (Vgl. Motive zur Civilprozeßordnung; Hahn Materialien Bd. II Abth. 1 S. 156.) (R. G. 11. VI. 85.) R. C. XIII. (103.) 388. 389. U. u. A. III. (12.) 29 ff.

Digitized by Google

3. **Handelt es sich um bewegliche Sachen als Pertinenzen einer unbeweglichen Sache in Verbindung mit der unbeweglichen Hauptsache selbst, so beurtheilt sich der Gerichtsstand nach der unbeweglichen Hauptsache. — Auch wenn die Klage auf Feststellung des Rechtsverhältnisses gerichtet ist, so ist doch auch für diesen Anspruch, wenn es sich um eine unbewegliche Sache handelt, der Gerichtsstand der gelegenen Sache ausschließlich zuständig.** Urtheil des O. L. G. zu Stuttgart v. 27. März 1885. S. A. Bd. 41 bezw. 11 Nr. 118 S. 185.

4. Für eine **Klage aus der Hinwegnahme beweglicher Zubehörungen zu einem Hypothekenobjekte** ist der Gerichtsstand der belegenen unbeweglichen Sache, nach Umständen aber auch derjenige der unerlaubten Handlung begründet. Solche Zubehörungen tragen als solche die Natur der Hauptsache, also die Natur einer unbeweglichen Sache in sich. (Kreittmayr, Anmerk. zum Bayer. Landrecht Thl. II Cap. 2 § 14 unter Nr. 7.) Insoferne daher auf dem Grund des Hypothekenrechts und der Pertinenzeigenschaft die Zurückschaffung der weggenommenen Zubehörungen in das verpfändete Anwesen verlangt wird, wird ein dingliches Recht an einer unbeweglichen Sache geltend gemacht, und ist in Gemäßheit des § 25 der R. C. P. O. für eine solche Klage das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk das Anwesen liegt. (B. O. L. 29. XI. 1880.) S. VIII. (227.) 633. Siehe hierüber auch noch bei § 32 eodem.

5. Der dingliche Gerichtsstand soll nach § 25 der C. P. O. ausschließlich eintreten für Klagen, welche die Freiheit von einer dinglichen Belastung unbeweglicher Sachen geltend machen. Daß hierzu **die Klagen auf Löschung einer Hypothek** gehören, ist an sich zweifellos, geht aber auch aus den Vorschriften des § 26 der C. P. O. unmittelbar hervor. Das Gesetz unterscheidet dabei nicht zwischen Klagen, welche persönliche Forderungsrechte verfolgen, und dinglichen Klagen. **Nur darauf kommt es an, daß das Recht, dessen Beseitigung die Klage anstrebt, einem Grundstücke anhaftet, also jedem Dritten gegenüber besteht.** Auch ist es gleichgültig, ob der Kläger die Freiheit des Grundstückes von der Hypothek behauptet, oder ob er die Befreiung von bestehenden Hypotheken erwirken will. In beiden Fällen geht die Klage auf Löschung der Hypothek. Der Inhalt des Klagantrages entscheidet also, nicht der Grund der Klage. Diese Bestimmung schneidet Streitigkeiten über die Gerichtszuständigkeit für Pfandstrichsklagen ab. Sollte sich die Gerichtszuständigkeit nach der Natur der Klage regeln, so würden Klagen auf Hypothekenlöschung in den deutschen Reichsgebieten verschiedenartiger Beurtheilung unterliegen, je nachdem sie als persönliche oder als dingliche Klagen aufgefaßt werden. Hiermit wäre aber der Sinn des Gesetzes nicht getroffen. Dasselbe beabsichtigt, einen überall gleichen Gerichtsstand für die Löschungsklagen einzuführen. Einige Ausleger wollen die persönlichen Klagen auf Löschung dinglicher Lasten den — unzweifelhaft nicht unter den § 25 fallenden — persönlichen Klagen, welche auf die Erwerbung einer dinglichen Last abzielen, hinsichtlich der Gerichtszuständigkeit gleichstellen; indessen mit Unrecht. Bei den letzteren Klagen handelt es sich um die Begründung einer noch nicht bestehenden dinglichen Last, während jene Klagen eine vorhandene dingliche Last zum Gegenstande haben, die Freiheit von einer solchen geltend machen. „Geltend gemacht" wird die Freiheit des Grundstückes

Digitized by Google

von der Hypothek nicht bloß dann, wenn die Klage die Eigenſchaft einer Negatorienklage hat, ſondern auch da, wo der Kläger die dingliche Laſt vermöge Forderungsrechtes zu beſeitigen ſucht. Nicht unweſentlich für das Verſtändniß des Geſetzes ſind endlich die Motive zu § 25 der C. P. O. Sie achten die Ausſchließlichkeit des dinglichen Gerichtsſtandes durch die Erwägung, daß eine richtige Würdigung und ſichere Feſtſtellung der Rechtsverhältniſſe des Grundeigenthums vorzugsweiſe von dem Richter der belegenen Sache zu erwarten ſei, wie durch Gründe des internationalen Rechtes für geboten. Für die letzteren Gründe werden die Protokolle der hannoverſchen Prozeßkommiſſion, Bd. 1 S. 437 ff., bezogen. Hier heißt es: „Die Geſetzgebung über das Eigenthum und ſonſtige Rechte an unbeweglichen Gütern enthält eine große Anzahl abſoluter, im Intereſſe der einzelnen Staaten getroffener Vorſchriften, welche anderen Staaten unbekannt ſein und dort nicht zur Anwendung gebracht werden können". Daraus ergibt ſich: das Geſetz wollte den Richter der belegenen Sache für allein befugt erklären, über Rechte zu entſcheiden, die an der unbeweglichen Sache beſtehen, weil zu befürchten ſei, daß ein fremdes, mit dem Sachverhalte und dem anzuwendenden Rechte nicht oder doch minder genau bekanntes Gericht nicht das richtige Urtheil fällen werde. Dieſe Betrachtung gilt auch für perſönliche die Aufhebung dinglicher Rechte bezweckende Klagen. **Der § 25 der C. P. O. unterſtellt ſomit alle Klagen auf Löſchung einer Hypothek der ausſchließlichen Zuſtändigkeit des Richters, in deſſen Bezirke das Pfandgrundſtück liegt.** Vor dem allgemeinen Gerichtsſtande hat daher eine derartige Klage nicht ſtatt. (R. G. 15. XII. 85.) R. C. XV. (105.) 386—388 (ſ. auch Urtheil des Reichsgerichts vom 22. Dezember 1885 in R. A. 1886 beſ. Beil. 2 S. 68 ff. und S. A. XLI. bezw. XI. (220) 343—345.)

6. **Die Ausſchließlichkeit des dinglichen Gerichtsſtandes für die Hypotheklöſchungsklage** wird in den Motiven des Geſetzentwurfes durch die Rückſichten des internationalen Rechtes und durch die Erwägung, daß eine richtige Würdigung und eine ſichere Feſtſtellung der betreffenden Rechtsverhältniſſe vorzugsweiſe von dem Richter der gelegenen Sache zu erwarten iſt, gerechtfertigt, (vgl. Motive zum Entwurf I von 1870 S. 258 und zum Entwurf II von 1874 S. 59), uud ſpricht für dieſe Ausſchließlichkeit ferner die Beſtimmung des § 26 der R. C. P. O., wodurch die Verbindung der Klage auf Befreiung von der perſönlichen Verbindlichkeit mit der Hypotheklöſchungsklage vor dem dinglichen Forum als zuläſſig erklärt wird und zwar im unmittelbaren Anſchluſſe an § 25. Dieſer unmittelbare Anſchluß jener Beſtimmung an die in § 25 enthaltene Verweiſung der Hypotheklöſchungsklage vor das dingliche Forum weiſt aber nothwendig darauf hin, daß hiebei der Geſetzgeber von dem Gedanken ausgegangen iſt, es gehöre die Hypotheklöſchungsklage an ſich immer vor den dinglichen Gerichtsſtand. (S. auch Hellmann, Kommentar zur R. C. P. O. Bd. I S. 123.) — (B. O. L. 17. I. 81.) S. IX. (7.) 19. 20.

7. **Der dingliche Gerichtsſtand iſt auch dann ein ausſchließlicher, wenn die Klage zunächſt auf Reſtitution gegen Verletzung in einem dinglichen Recht gerichtet iſt.** Kann die Entſcheidung über die nachgeſuchte Reſtitution nicht getrennt werden von der Entſcheidung über die Wirkungen derſelben und muß die Reſtitution verſagt werden, wenn nach der zur Anwendung

Digitized by Google

kommenden Gesetzgebung durch nachträgliche Eintragung die Priorität vor einem früher eingetragenen Pfandgläubiger nicht mehr erlangt werden kann, so ist es zweifellos, daß der Gegenstand dieser Entscheidung dinglicher Natur ist, daß somit diese Entscheidung nach § 25 der C. P. O. dem Richter der belegenen Sache ausschließlich zusteht. Urtheil des O. L. G. zu Darmstadt v. 24. Januar 1881. S. A. XLI. bezw. XI. (221) 346.

8. **Eine durch Säkularisation eines Klostergutes entstandene kirchliche Baulast kann nicht ohne weiteres als auf einer dinglichen Verpflichtung beruhend erkannt und damit der Gerichtsstand der belegenen unbeweglichen Sache begründet werden.** (B. O. L. 16. II. 82.) S. IX. (162.) 510—513.

9. **Die Klage auf Herauszahlung von gezahlten Brandgeldern ist bei dem ordentlichen Gericht des Empfängers anzustellen, nicht beim forum rei sitae.** (R. G. 1. X. 84.) U. u. A. I. (55.) 106.

§ 26. **§ 26.**

In dem dinglichen Gerichtsstande kann mit der hypothekarischen Klage die Schuldklage, mit der Klage auf Löschung einer Hypothek die Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit, mit der Klage auf Anerkennung einer Reallast die Klage auf rückständige Leistungen erhoben werden, wenn die verbundenen Klagen gegen denselben gerichtet sind.

Ueber die **Hypothekenlöschungsklage** s. bei § 25 sub Ziff. 5 u. 6.

§ 27. **§ 27.**

In dem dinglichen Gerichtsstande können persönliche Klagen, welche gegen den Eigenthümer oder Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen gerichtet werden, sowie Klagen wegen Beschädigung eines Grundstücks oder in Betreff der Entschädigung wegen Enteignung eines Grundstücks erhoben werden.

§§ 755—757 Haftpflicht-Ges. v. 7. VI. 71. Festungsrayon-Ges. v. 21. XII. 71.

VI. Gerichtsstand der Erbschaft.

§ 28. **§ 28.**

Klagen, welche Erbrechte, Ansprüche aus Vermächtnissen oder sonstigen Verfügungen auf den Todesfall oder die Theilung der Erbschaft zum Gegenstande haben, können vor dem Gerichte erhoben werden, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

In dem Gerichtsstande der Erbschaft können auch Klagen der Nachlaßgläubiger aus Ansprüchen an den Erblasser oder die Erben als solche erhoben werden, wenn sich der Nachlaß noch ganz oder theilweise im Bezirke des Gerichts befindet, oder wenn mehrere Erben vorhanden sind und der Nachlaß doch nicht getheilt ist.

I. Absatz.

a. Klagen der Erben und Vermächtnißnehmer 2c.

1. **Der Gerichtsstand der Erbschaft (§ 28 der C. P. O.) ist für die Klage, mit welcher die Minderung einer Schenkung unter Lebenden wegen Verletzung des Pflichttheiles begehrt wird, ferner für die Klage auf Nichtigerklärung einer Schenkung wegen Geistesschwäche des Erblassers zur Zeit der Schenkung, begründet.** (R. G. 15. V. 85.) R. C. XV. (94.) 363 f.

2. **Für die Klage, mit welcher der Vater das gesetzliche Nießbrauchsrecht an dem seinen Kindern aus dem Nachlasse der Mutter derselben gebührenden, dem Betrage nach noch zu ermittelnden Pflichttheile geltend macht, ist das Gericht zuständig, bei welchem die Mutter der Kinder zur Zeit ihres Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.** Der Kläger, welcher mit der Klage das ihm als Vater zustehende gesetzliche Nießbrauchsrecht an dem Vermögen, welches seine Kinder aus dem Nachlasse

Digitized by Google

ihrer Mutter zu erhalten haben, zur rechtlichen Anerkennung zu bringen beabsichtigt, klagt nicht für seine Kinder als deren Vertreter. Die Klage ist also die des Nießbrauchers gegen diejenigen, die ihm die Nutzungen vorenthalten. Und wenn der Kläger bei Erhebung seines Anspruches damit argumentirt, daß die Erblasserin ihm den Nießbrauch an dem Pflichttheile ihrer Kinder nicht mit rechtlicher Wirkung habe entziehen können, so läßt sich diese Argumentation als die im voraus erfolgte Bekämpfung eines erwarteten, aus dem Testamente herzunehmenden Rechtsbehelfes gegen die Klage ansehen. Auf der anderen Seite aber ist in Betracht zu ziehen, daß der Kläger mit seiner Klage den Nießbrauch an dem im besonderen Verfahren zu ermittelnden Pflichttheile, also an einem Vermögen fordert, das seine Kinder noch nicht haben, das für sie vielmehr erst kraft ihres Pflichttheilsrechtes ermittelt werden soll. Es wird also mit der Klage Ausscheidung des dem Pflichttheile der Kinder entsprechenden Werthquantums, welches dem behaupteten gesetzlichen Nießbrauchsrechte des Vaters unterliegt, aus der Erbschaft gefordert. Und so wie die Pflichttheilsklage, unbeschadet der Qualifikation des Pflichttheilsrechtes als eines Forderungsrechtes gegen den Erben, unter den Begriff der Klage zu bringen ist, welche Erbrechte im Sinne des § 28 der R. C. P. O. zum Gegenstande haben, so ist auch die vorliegende Klage, mit welcher der Kläger das Pflichttheilsrecht seiner Kinder, nicht als deren Vertreter, wohl aber kraft eigenen Rechtes geltend macht, als auf ein Erbrecht im Sinne des § 28 a. a. O. gerichtet aufzufassen. (R. G. 18. VI. 85.) R. C. XV. (95.) 367.

3. Die Civilprozeßordnung hat für Klagen, welche Ansprüche aus Vermächtnissen betreffen, den Gerichtsstand der Erbschaft schlechthin zugelassen, ohne Bestimmung der Person des Beklagten. Nur der Grund und der Gegenstand der Klage entscheidet. **Demnach hat Jeder, der auf Grund letztwilliger Verfügung wegen Gewährung eines Vermächtnisses angesprochen wird, es mag nun der Beschwerte selbst oder der Erbe des Beschwerten sein, in dem letzten allgemeinen Gerichtsstande der Person Recht zu geben, von welcher die den Klaggrund ausmachende Verfügung herrührt.** Die Erben des Beschwerten treten ganz an dessen Stelle, müssen sich daher dem Gerichtsstande unterwerfen, dem hinsichtlich des gleichen Anspruchs der Beschwerte unterworfen gewesen wäre. Urtheil des Reichsgerichts v. 15. Okt. 1880. Fenner u. Mecke, Archiv Bd. 2 S. 12. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 235 S. 355. R. C. III. (106.) 380. 381. A. II. (135.) 575. 577.

II. Absatz.

b. Klagen der Nachlaßgläubiger.

S. bei Abs. I.

VII. Gerichtsstände für das Gebiet des Obligationenrechts. (§§ 29—32.)

1. Gerichtsstand des Erfüllungsortes (forum contractus).

§ 29.

§ 29.

Für Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags, auf Erfüllung oder Aufhebung eines solchen, sowie auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung ist das Gericht des Orts zuständig, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist.

Digitized by Google

1. **Nach § 29 der C. P. O. ist für den Gerichtsstand des Vertrages nicht der Ort des Abschlusses des Vertrages, sondern der Erfüllung der streitigen Verpflichtung maßgebend.** (R. G. 26. V. 80.) R. C. I. (158.) 444 und (R. G. 27. X. 80.) A. II. (136.) 577—579. R. C. II. (31.) 122. 123.

2. **Der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsortes, welchen der § 29 der C. P. O. in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Prozeßrechte zuläßt, ist begründet, wenn aus der Natur des Geschäftes oder nach ausdrücklicher Vertragsbestimmung oder endlich aus der ersichtlichen Absicht der Kontrahenten sich ergibt, daß ein besonderer, von dem Wohnorte des Leistungspflichtigen verschiedener Erfüllungsort habe stipulirt werden sollen. Dieser Erfüllungsort kann verschieden sein bei einem zweiseitigen Vertrage, welcher jedem der beiden Kontrahenten eine Leistung auferlegt und für jede der Leistungen einen besonderen Ort, wo sie vertragsmäßig zu erfüllen, festsetzt.** Daraus folgt, daß aus einem und demselben Vertrage verschiedene Gerichtsstände des Erfüllungsortes erwachsen können und daß der Gerichtsstand wechselt, je nachdem die Leistung des einen oder des anderen Kontrahenten gerichtlich verfolgt wird. Dies findet seinen Ausdruck in den Worten des § 29 a. a. O., daß **das Gericht des Ortes zuständig** sein solle, **wo die „streitige Verpflichtung zu erfüllen ist"**. Unter der „streitigen Verpflichtung", nach welcher sich der Gerichtsstand des § 29 a. a. O. zu richten hat, ist nämlich, wie die Vorgeschichte desselben klar ergibt (vgl. Entsch. d. R. G. in Civils., Bd. 3 S. 415), ebendiejenige Verpflichtung gemeint, welche der klagende Kontrahent von dem beklagten Kontrahenten erfüllt verlangt. Sind daher für die Verpflichtungen der Kontrahenten verschiedene Erfüllungsorte bestimmt, so liegt es in der Konsequenz des Gesetzes, daß der Gerichtsstand des Erfüllungsortes danach bemessen wird, welche der verschiedenen Verpflichtungen im Streite ist. **Hiernach bestimmt sich auch der Gerichtsstand des Erfüllungsortes bei Verträgen über Immobilien.** (R. G. 4. V. 83.) R. C. IX. (102.) 351. 352. A. VIII. (15.) 79—81.

3. Der § 29 erklärt für drei Klassen von Klagen als zuständig „das Gericht des Orts, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist"; und unter **„streitiger Verpflichtung"** kann bei den an dritter Stelle erwähnten Entschädigungsklagen nichts anderes verstanden werden, als bei den an erster und zweiter Stelle genannten Klagen (auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrages, auf Erfüllung oder Aufhebung eines solchen). Gemeint ist in allen drei Fällen der Vertrag, um den es sich handelt. Der Schlußsatz des § 29 lautete auch im Gesetzentwurfe dahin: „wo der Vertrag von dem Beklagten zu erfüllen ist". Bei den Kommissionsberathungen (Protok. S. 10 ff. und 508) wurden nur die Worte „von dem Beklagten" gestrichen und die Worte „der Vertrag" mit den Worten „streitige Verpflichtung" vertauscht, ohne daß zu ersehen wäre, welche Erwägungen die letztere Abänderung veranlaßt haben. (R. G. 25. I. 81.) R. C. III. (107.) 385. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 234 S. 354 f. (R. C. III. (118.) 412.)

4. **Der Gerichtsstand des Erfüllungsorts setzt nicht eine ausdrückliche Vereinbarung über den Erfüllungsort voraus.** Die völlig generelle Fassung des § 29 läßt denselben überall anwendbar erscheinen, wo aus irgend

Digitized by Google

welchen Gründen, insbesondere auch auf Grund stillschweigender Vereinbarung ein bestimmter Ort als Erfüllungsort für eine Vertragsverpflichtung angesehen werden muß. Auch bietet die Entstehungsgeschichte des § 29 keinen Anhalt dafür, daß derselbe nur jene beschränktere Geltung hätte haben sollen, welche denn auch von keinem der Kommentatoren der C. P. O. vertreten wird. Urtheil des O. L. G. zu Celle v. 24. Nov. 1883. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 53. S. 88. 89.

5. **Der Sitz einer Obligation ist nicht deren Erfüllungsort.** Es ist zwar die Regel, daß die rechtlichen Wirkungen obligatorischer Verträge durch das Recht des Erfüllungsortes normirt werden (vgl. Entsch. des R. O. H. G. Bd. IX. S. 8 u. 9, Bd. XII. S. 286, Bd. XV. S. 134 u. 243, Bd. XXIV. S. 181); **aber zunächst und in erster Linie kommt doch in Betracht, welchem bestimmten örtlichen Rechte die Kontrahenten den Vertrag in dessen rechtlichen Wirkungen haben unterwerfen wollen,** beziehungsweise welches örtliche Recht sie als selbstverständlich anwendbar bei dem Abschlusse des Vertrages vorausgesetzt haben. Denn ohne Zweifel können die Kontrahenten rechtswirksam vereinbaren, daß über den Erwerb und die Verfolgung der Rechte aus einem Vertrage andere Gesetze als diejenigen des Erfüllungsortes (oder der verschiedenen Erfüllungsorte) zur Anwendung kommen sollen, da einer solchen Vereinbarung positive Gesetzesvorschriften (insbesondere auch der art. 324 des H. G. B.) nicht entgegenstehen, und ebenso unzweifelhaft ist es, daß eine solche Vereinbarung nicht ausdrücklich getroffen zu werden braucht, sondern schon die aus den Umständen unzweideutig erhellende Absicht der Kontrahenten genügt. (Vgl. Entsch. des R. O. H. G. Bd. XII. S. 55 ff.) Es ist daher in erster Linie zu untersuchen, ob die Unterstellung, daß die Kontrahenten den Vertrag in seinen Wirkungen durch das Recht des Erfüllungsortes haben ergänzt wissen wollen, im konkreten Falle überhaupt zutrifft. (Vgl. Entsch. des R. O. H. G. Bd. XXIV. S. 181 u. 182.) Erst nach Bejahung dieser Frage kommt dann eventuell in Betracht, an welchem Orte die Erfüllung des Vertrages zu geschehen hat. (R. G. 8. VII. 82.) A. VI. (47.) 224. 225.

6. **Die Rechtsregel, daß für die Wirkung der Verträge ohne Weiteres das Recht des Erfüllungsortes maßgebend sei, kann nicht für richtig anerkannt werden.** Ueber diese sehr bestrittene Frage geben die Preußischen Gesetze keinen näheren Aufschluß, und dieselbe ist ebenso wie im Gemeinen Recht lediglich nach allgemeinen Grundsätzen zu beantworten. Jene Regel als eine allgemein geltende zeigt sich bei lästigen Verträgen unausführbar schon aus dem Grunde, daß sie in den geeigneten Fällen zur Anwendung zweier verschiedener örtlichen Rechte für ein und dasselbe Vertragsverhältniß führt, je nachdem es sich um die von dem einen oder die von dem anderen Kontrahenten versprochene Leistung handelt. Sie widerspricht aber auch einem fundamentalen Grundsatz des Vertragsrechts, und dieser ergibt vielmehr eine andere Lösung der Streitfrage. Die Verträge erhalten ihren Inhalt nur durch den übereinstimmenden Willen der Kontrahirenden. Ihr Inhalt umfaßt insbesondere die Festsetzung der gegenseitig übernommenen Verpflichtungen, und wird bezüglich dieser Verpflichtungen nach geschlossenem Vertrage durch dessen Interpretation, welche

Digitized by Google

auf der Grundlage eines bestimmten örtlichen Rechts erfolgt, gefunden und festgestellt. Wegen dieses Einflusses auf den Inhalt der Verträge unterliegt die Bestimmung des anzuwendenden örtlichen Rechts ebenfalls und lediglich der Willensfreiheit der Kontrahenten, sie gehört zum Vertragsinhalt, und ist lediglich als ein Bestandtheil der Willenserklärungen der Kontrahenten aufzufassen. Eine Rechtsregel kann nicht die Stelle einer vom Vertragswillen abhängigen Bestimmung einnehmen, und stets kann es nur darauf ankommen, den Willen der kontrahirenden Personen darüber zu erforschen, welchem örtlichen Recht sie die Beurtheilung der Wirkung des unter ihnen eingegangenen Rechtsverhältnisses haben unterwerfen wollen. Gibt hierfür lediglich der übereinstimmende Privatwille den Ausschlag, so ist für die Rechtsregel, daß der Erfüllungsort entscheide, kein Raum. Im einzelnen Fall kann unter Würdigung der thatsächlichen Umstände sich der Schluß rechtfertigen, daß das Recht des Erfüllungsortes anzuwenden sei; dies ist aber nur in der Weise zulässig, daß die Anwendung des betreffenden Rechts, als in dem Willen der Kontrahenten liegend konstatirt und nicht als bloße Folge einer Rechtsregel hingestellt wird. (R. G. 13. IV. 82.) A. V. (112.) 455. 456.

7. **Bei Verträgen ist in betreff des auf dieselben anzuwendenden örtlichen Rechtes in erster Linie nicht der Erfüllungsort, sondern der (ausdrücklich oder stillschweigend ausgesprochene) Wille der Kontrahenten entscheidend.** (S. art. 324 des H. G. B.) — (R. G. 8. VII. 82.) R. C. IX. (60.) 225—228.

8. **Unterwerfung des Zahlungspflichtigen unter den Gerichtsstand des Erfüllungsortes** (Zahlungsortes) **durch Zustimmung oder konkludente Handlungen gegenüber dem entsprechenden brieflichen Verlangen des Forderungsberechtigten.** (R. G. 19. IX. 85.) U. u. A. III. (129.) 281 f.

9. Legt man die Worte des § 29 der C. P. O. unbefangen aus, so gelangt man dazu, dem Wortlaute gemäß unter **streitiger Verpflichtung** zu verstehen diejenige Verpflichtung einer Partei, welche im gegebenen Falle streitig ist. Es ist nun nicht zu bezweifeln, wie solches auch von den Kommentatoren und von der Praxis des Reichsgerichts übereinstimmend anerkannt wird (vgl. Struckmann u. Koch, Kommentar zu § 29 Nr. 1; Seuffert, Kommentar zu § 29; Entsch. des R. G., Bd. 3 Nr. 107, 118; s. dieselben in Seuffert's Archiv, Bd. 36 Nr. 234, 297), **daß der § 29 nicht allein einseitig, sondern auch wechselseitig verpflichtende Verträge umfaßt,** und kann es bezüglich der letzteren auch keinen Unterschied begründen, ob dieselben von beiden Theilen an demselben oder an verschiedenen Orten zu erfüllen sind. Urtheil des O. L. G. zu Celle v. 28. Sept. 1881. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 167 S. 219, 220.

10. **Inwieweit die zur Begründung des Gerichtsstandes erforderliche Thatsache zu erweisen ist.** Wenn z. B. der Grund der Verpflichtung des Beklagten, einen Vertrag zu erfüllen, in einem Pachtverhältniß liegt und die Klage keine Begründung dafür enthält, daß auch ohne diese Thatsache jene Verpflichtung des Beklagten besteht, so ist zur Begründung des Gerichtsstandes des Erfüllungsortes nothwendig, daß im Falle beklagtischen Widerspruches bewiesen wird, daß zur Zeit der Eingehung des Vertrages das behauptete Pachtverhältniß wirklich bestand. (R. G. 7. III. 82.) R. C. VII. (90.) 310.

Digitized by Google

11. Welcher Ort als Erfüllungsort für eine vertragsmäßige Leistung anzunehmen ist, hängt von der Prüfung der thatsächlichen Umstände des einzelnen Falles ab, und beruht nicht bloß auf einer rechtlichen Folgerung. **Ist aber die Bestimmung des Erfüllungsortes Sache der thatsächlichen Feststellung, so kann nicht erst in der Revisionsinstanz behauptet, nachgewiesen und festgesetzt werden, welcher Ort der Erfüllungsort sei.** (R. G. 13. IV. 82.) A. V. (112.) 455.

12. **Gerichtsstand des Erfüllungsorts bei zweiseitigen Verträgen, insbesondere bei einer negativen Feststellungsklage.** Bei einer solchen Feststellungsklage ist, was die Frage der Gerichtszuständigkeit anlangt, nicht etwa die Parteirolle entscheidend, nicht schlechthin der Wohnsitz des mit der Klage Belangten, wie dies bei sonstigen Klagen als Regel anzunehmen ist (§ 12 der C. P. O.); vielmehr kommt auch bei einer solchen es lediglich darauf an, welche Verbindlichkeit streitig, bezw. zum Gegenstand der Klage gemacht wird. Um diesem Gedanken Ausdruck zu verleihen, wurde gerade, in Abänderung des Regierungsentwurfs, in welchem der Schlußpassus des § 29 lautete: „wo der Vertrag von dem Beklagten zu erfüllen ist", die Fassung gewählt, daß lediglich das Gericht zuständig sein solle: „wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist" (vgl. Struckmann u. Koch, Bemerkung 2 zu § 29 der C. P. O.; Entsch. des R. G. Bd. 3 S. 414, Bd. 9. S. 351); wenn es sich z. B. um die Frage handelt, ob Kläger an den fraglichen Kauf gebunden sei, ob er seinerseits zu erfüllen habe, oder nicht. Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe v. 4. März 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 54 S. 90.

13. **Gerichtsstand des Erfüllungsorts für Verträge über Immobilien.** Der Verkäufer hat hier an dem Ort zu erfüllen, wo die von ihm verkauften Immobilien liegen. Dagegen greift bezüglich der Verpflichtung des Käufers, nämlich für die Zahlung des Kaufgeldes, wenn weder aus der Natur des Geschäfts noch aus einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertragsfestsetzung zu entnehmen ist, daß der für die Leistung des Verkäufers gegebene Ort als maßgebend auch für die Gegenleistung des Käufers hat erklärt werden sollen, bei einer solchen Unbestimmtheit die allgemeine Regel Platz, wonach der Käufer die ihm obliegende Verpflichtung an seinem Wohnort zu erfüllen und ebendaselbst auch Recht zu nehmen hat. Urtheil des Reichsgerichts v. 4. Mai 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 48 S. 80.

14. **Der Gerichtsstand eines verstorbenen Ehemannes für Verbindlichkeiten oder Schadenspflichten aus einem Vertrag besteht auch gegen dessen Wittwe, wenn dieser nach dem Tode des Ehemannes gütergemeinschaftliches Vermögen angefallen ist, welches für jene Verbindlichkeiten schon bei deren Entstehung haftete.** Denn die Zahlungsverbindlichkeit lag nicht bloß dem Ehemann ob, sondern belastete auch schon mit ihrer Entstehung zugleich das gütergemeinschaftliche Vermögen, gilt also nach Umfang und Ort der Erfüllung, sowie in Bezug auf den dadurch bestimmten Gerichtsstand auch gegen die Wittwe. (R. G. 8. V. 84.) A. X. (62.) 259. 260.

15. **Persönlicher Gerichtsstand des Beklagten bei Klagen auf Schadloshaltung wegen Bruches eines Verlöbnisses.** Zwar umfaßt der § 29, indem er bestimmt, daß für Klagen auf Erfüllung eines Vertrages und

Digitized by Google

auf Entschädigung wegen Nichterfüllung desselben, das Gericht desjenigen Ortes zuständig sei, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist, alle obligatorischen Verpflichtungen aus Verträgen nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts, selbst wenn solche an sich nur familienrechtliche Beziehungen zur Folge haben, es sei denn, daß für letztere ausschließliche Gerichtsstände vorgesehen sind (vgl. § 568 der C. P. O.) Allein als bloß vorbereitender Vertrag erzeugt das Verlöbniß als hauptsächlichste Wirkung die Verpflichtung der Kontrahenten zur Eingehung der Ehe. Indem hierin dessen Erfüllung besteht, ist der Natur der Sache gemäß ohne besondere anderweite Uebereinkunft der Verlobten auch nur **der Wohnort des** (zukünftigen) **Ehemannes** in derselben Weise als **der Erfüllungsort des Eheverlöbnisses** zu betrachten, wie er der Sitz des ehelichen Verhältnisses selber ist. — Wenn nicht Erfüllung des Eheversprechens durch Abschluß der Ehe, sondern Entschädigung wegen Verlöbnißbruches verlangt wird, so ändert dies an diesem Ergebnisse nichts, da diese Satisfaktion unter den allgemeinen Begriff der Ausgleichung verletzter Vermögensinteressen fällt, welchen der § 29 der C. P. O. mit dem Ausdrucke „Entschädigung wegen Nichterfüllung eines Vertrages" verbindet; sie ist nunmehr als diejenige streitige Verpflichtung anzusehen, welche der Beklagte anstatt der ursprünglichen Leistung an seinem Wohnorte zu erfüllen hatte. (R. G. 16. V. 82.) R. C. VII. (102.) 340. 341.

16. Der § 29 der C. P. O. unterscheidet nicht zwischen Verträgen vermögensrechtlichen Inhalts und anderen Verträgen. **Die Zuständigkeit des Gerichts des Orts der Vertragserfüllung ist daher auch für Klagen auf Erfüllung eines Eheversprechens anzuerkennen.** Das Eheversprechen wird erfüllt durch Schließung der Ehe; wenn daher in rechtlich bindender Weise zugesichert wurde, an einem bestimmten Orte die Ehe zu schließen, so ist das Gericht dieses Orts für eine Klage auf Eingehung der Ehe zuständig. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die Führung des ehelichen Lebens voraussichtlich an einem anderen Ort stattfinden soll. Denn die auf das eheliche Leben bezüglichen Verpflichtungen der Ehegatten haben ihren Grund in der geschlossenen Ehe, nicht in dem Eheversprechen; dieses letztere wird vielmehr vollständig erfüllt durch die Eheschließung. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg v. 30. Sept. 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 19 Nr. 149 S. 224.

17. Das Staatsdienerverhältniß gehört in seinen wesentlichen Beziehungen dem öffentlichen Recht an. Die Grundlage desselben ist kein Vertrag, sondern ein einseitiger, durch die Ernennung und Anstellung des Beamten vollzogener Akt der Staatsgewalt, und wenn dadurch auch in vermögensrechtlicher Beziehung ein privatrechtliches Verhältniß zwischen der Staatsgewalt und dem Beamten existent wird, aus welchem auf beiden Seiten civilrechtliche Ansprüche erwachsen, so ist doch für die privatrechtliche Seite der Gesichtspunkt eines Vertrages ausgeschlossen, indem die bezüglichen Ansprüche ihren Entstehungsgrund und ihren Rechtstitel lediglich in dem Akt der Anstellung des Beamten abseiten der Staatsgewalt haben (vgl. das Urtheil des früheren preuß. O. Tr. in Seuffert's Archiv, Bd. 25 Nr. 235; Sintenis, Civilrecht Bd. 2 § 119 Nr. 11.) **Dadurch ist aus einem Verschulden eines Beamten in Ausübung seines Amts, der Character als Vertragsklage, und mithin der Gerichtsstand des**

Digitized by Google

§ 29 der C. P. O. ausgeschlossen. Urtheil des O. L. G. zu Kiel v. 11. Juli 1882. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 49 S. 81. 82. S. noch bei § 32 eodem.

18. **Der Gerichtsstand des Vertrages nach § 29 bezieht sich nach seinem klaren Wortlaute nicht auf Forderungen aus vertragsähnlichen Gründen (Quasi-Kontrakte).** (R. G. 12. X. 80.) R. C. II. (118.) 411. (R. C. III. (118.) 414.) (S. auch R. G. 26. X. 80 in S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 236 S. 356. 357.)

19. **Der Ort der Erfüllung ist** bei Kaufverträgen **(bei zweiseitigen Verträgen) keineswegs immer für beide Kontrahenten der gleiche;** dies ist namentlich dann nicht nothwendig der Fall, wenn nicht von beiden Kontrahenten Zug um Zug zu erfüllen, vielmehr von dem einen Kontrahenten vorzuleisten ist, wie es z. B. der Fall ist, wenn mit der Sendung einer verkauften Waare von einem Ort zum andern der Anfang zu machen und an letzterem erst nach der Ankunft der Waare der Kaufpreis zu zahlen ist. (R. G. 27. X. 80.) R. C. II. (31.) 122. 123. A. II. (136.) 577—579 und (R. G. 26. V. 80.). R. C. I. (158.) 444.

20. **Der Umstand, daß andere aus dem zum Grunde liegenden Vertragsverhältniß entspringende, nicht in Streit befangene Verbindlichkeiten an anderen Orten zu erfüllen sind, erscheint für die Anwendung des § 29 unerheblich.** Urtheil des O. L. G. zu Celle v. 5. Nov. 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 147 S. 214.

21. Ueber den **Ort der Erfüllung von Handelsgeschäften** s. Fuchsberger, Handelsrecht Bd. I. bei artt. 324. 325. 342. 345 und I. Supplementsband hiezu eodem.

22. **Für die Zuständigkeit aus § 29 der R. C. P. O. ist die Frage entscheidend, ob ein Handelsgeschäft vorliegt oder nicht. Liegt ein Handelsgeschäft vor, so ist der Erfüllungsort des H. G. B. (Art. 324), d. h. der Wohnort des Verpflichteten Erfüllungsort.** Für die Frage, ob ein Handelsgeschäft vorliegt, ist nicht der Name, sondern der Inhalt des Geschäftes maßgebend. (R. G. 17. VI. 82.) A. VI. (19.) 125. 126.

23. **Wenn aus einem Handelsgeschäfte gegen den Käufer auf Zahlung des Kaufpreises geklagt wird, so ist das Gericht am Wohnsitze resp. am Orte der Handelsniederlassung des Käufers, nicht aber des Verkäufers zuständig.** Es möchte sich allerdings, wenn nicht dem Abs. 1 des Art. 325 der Abs. 2 folgte, aus der Bestimmung im Abs. 1 folgern lassen, daß der Ort der Handelsniederlassung, eventuell der Wohnort des Verkäufers der Ort sei, in welchem die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises zu erfüllen sei. Zwar würde dies daraus, daß die Uebermachung des Kaufgeldes auf Kosten des Käufers erfolgen soll, in analoger Anwendung des Art. 325 Abs. 2 des H. G. B. nicht zu folgern sein. Aber erheblicher ist die Bestimmung, daß die Uebermachung auf Gefahr des Käufers erfolgen solle; daraus könnte gefolgert werden, daß nach dem Willen des Gesetzgebers durch Art. 325 Abs. 1 eine Abweichung von Art. 324 des Inhaltes habe statuirt werden sollen, daß für Geldzahlungen, wenn nicht Vertrag, Natur des Geschäftes, Absicht der Kontrahenten zu einem anderen Ergebnisse führen, nicht der Absendungsort, sondern der Bestimmungsort der Geldsendung, hier also der Ort der Handelsniederlassung, eventuell der Wohnort des Verkäufers der Ort der Erfüllung der Pflicht des Geldschuldners sein solle. Diese mögliche

Digitized by Google

Folgerung aus dem Abs. 1 des Art. 325 wird aber sofort durch die Bestimmung im Abs. 2 reprobirt, daß durch die Bestimmung im Abs. 1 der gesetzliche Erfüllungsort (Art. 324) in betreff des Gerichtsstandes oder in sonstiger Beziehung nicht geändert werde. Diese Bestimmung kann zunächst nicht als eine prozeßrechtliche Bestimmung aufgefaßt werden, welche durch § 29 der C. P. O. aufgehoben wäre. Der § 29 bestimmt nichts darüber, welcher Ort als der Erfüllungsort anzusehen ist; er ändert in dieser Beziehung nichts an dem bestehenden materiellen Rechte und bestimmt nur, daß da, wo nach materiellem Rechte die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist, die Vertragsklage erhoben werden kann. Der Abs. 2 des Art. 325 des H. G. B. enthält auch nicht bloß eine besondere Bestimmung über den Gerichtsstand, sondern eine materielle Bestimmung über den Erfüllungsort bezüglich der Verpflichtungen des Geldschuldners, deren Bedeutung auch nicht auf den Gerichtsstand beschränkt, sondern ausdrücklich auch auf sonstige Beziehungen, unter welchen namentlich das örtliche Recht begriffen ist, ausgedehnt wird. Es soll also, trotz der Uebermachungspflicht des Schuldners, der Ort der Handelsniederlassung eventuell der Wohnort des Schuldners (hier des Käufers) nach Maßgabe des Art. 324 als der Ort der Erfüllung der Pflichten des Käufers angesehen werden, so daß die Aufgabe der Geldsendung zur Post am Orte der Handelsniederlassung des Käufers als der Akt der Erfüllung seiner Verpflichtung, mit der für den Erfüllungsort nicht maßgebenden Nebenbestimmung jedoch, daß der Käufer die Gefahr des Transportes der Geldsendung zu tragen hat, aufzufassen ist. Da der Abs. 2 des Art. 325 keine prozeßrechtliche Bestimmung enthält, so kann auch die Anwendbarkeit des § 13 des Gesetzes über die Einführung der Civilprozeßordnung nicht in Frage kommen. (R. G. 26. V. 80.) R. C. I. (158.) 445. 446 und (R. G. 27. X. 80.) A. II. (136.) 577—579. R. C. II. (31.) 122. 123.

24. **Durch die Klauseln „Zahlung netto Kasse" oder „bei der Uebergabe" wird der Verkäufer noch nicht verpflichtet, in Abweichung von Art. 324 al. 2 des H. G. B., am Orte der Handlungsniederlassung des Verkäufers zu zahlen.** Der Ausdruck „netto Kasse" bedeutet nur, daß keine Kreditfrist gewährt sei und höchstens noch, daß voll und baar ohne Abzug an Unkosten gezahlt werden soll, nicht aber, daß an demselben Orte, an welchem der Verkäufer zu erfüllen hat, auch vom Käufer zu erfüllen sei. Auch die Bestimmung, daß der Käufer bei der Uebergabe zu zahlen habe, ist nicht dahin zu verstehen, daß er an demselben Orte, an welchem der Käufer zu liefern habe, zahlen müsse. **Die Einrede der Unzuständigkeit gegen Klagen bei dem Forum des Verkäufers ist daher solchenfalls begründet.** (R. G. 15. X. 81.) A. IV. (123.) 426. 427.

25. **Bei einer Vertrags-(Kaufs-)auflösungsklage** (wegen Viehmängeln), **sowie bei einer Klage auf Rückerstattung des Kaufpreises und Entschädigung ist das Forum des Erfüllungsortes des Vertrags** (Kaufs) **zuständig.** Faßt man die Klage als solche auf Vertragsauflösung auf, so erscheint allerdings die Verbindlichkeit des Klägers, von welcher derselbe befreit sein will, als die streitige im Sinne des § 29 der R. C. P. O. Aber auch für die aus der Gewährleistungspflicht des Beklagten folgende Verbindlichkeit, den empfangenen Kaufpreis zurückzuerstatten und zu entschädigen,

Digitized by Google

ist dessen Handelsniederlassungs- oder Wohnort der Ort der Erfüllung, sofern nicht im Vertrage ein anderer Erfüllungsort bestimmt war oder sich aus der Natur des Geschäfts oder der Absicht der Kontrahenten ergibt. (R. G. 12. V. 82.) A. V. (136.) 530. 531.

26. **Das Gericht des Wohnsitzes des Verkäufers ist nicht zuständig als Gerichtsstand des Erfüllungsortes für eine Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Empfangnahme und Bezahlung der diesem überschickten und von ihm beanstandeten Waare.** (R. G. 25. X. 81.) R. C. V. (111.) 392—394. (S. Fuchsberger, I. Supplementband zum Handels- und Wechselrecht § 346 S. 170.)

27. **Bei Kohlenlieferungen im Großen ist am Förderungsort zu erfüllen, daher das Gericht dieses Ortes zuständig bei Klagen aus dem Lieferungsvertrage.** (R. G. 6. X. 83.) A. VIII. (126.) 495 ff. R. C. X. (24.) 92.

28. **Bei Klagen auf Zahlung des Mindererlöses bei einem Selbsthülfeverkauf erscheint der Mindererlös, welcher sich im Vergleich zum Kaufpreise ergeben hat, in rechtlichem Sinn nicht als ein dem Kläger erwachsener Schaden, sondern als der nach Abzug des Steigerlöses verbliebene Rest des Kaufpreises, der am Gericht des Erfüllungsorts eingeklagt werden kann.** Urtheil des O. L. G. zu Darmstadt vom 6. März 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (143.) 219. 220.

29. **Wenn der Verkaufskommissionär von der ihm durch Art. 376 H. G. B. gewährten Befugniß Gebrauch macht,** so hat in Ermangelung von ausdrücklichen oder aus den Umständen zu entnehmenden Vereinbarungen über den Erfüllungsort des kommittirten Geschäftes, in dem durch die Erklärung des Kommissionärs entstandenen Rechtsverhältnisse der Kommittent als Verkäufer am Orte der Handelsniederlassung des Kommissionärs und Käufers zu erfüllen, und ist daher nach § 29 C. P. O. das Gericht dieses Ortes für die gegen diesen gerichtete Klage auf Entschädigung wegen Nichterfüllung zuständig. (R. G. 3. X. 83.) R. C. X. (23.) 91. A. VIII. (127.) 496 ff.

30. **Das Gericht des Wohnsitzes des Kommissionärs ist zuständig als Gerichtsstand des Erfüllungsortes (C. P. O. § 29) für eine Klage des Kommissionärs gegen den Kommittenten auf Rückzahlung eines Vorschusses.** Beruht die Verpflichtung, deren Erfüllung von Kommittenten gefordert wird, auf einem Vertrage, so kann nicht von einem außerkontraktlichen Rechtsgrunde einer grundlosen Bereicherung des Kommittenten (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 2 S. 411) die Rede sein. Wie dies bezüglich eines gegen Empfang des Kommissionsgutes dem Kommittenten geleisteten Vorschusses öfters angenommen worden ist (vgl. Erkenntniß des O. A. G.'s Lübeck in Bremer Rechtssachen Bd. 4 S. 499 und in Seuffert, Archiv Bd. 15 Nr. 44; Erkenntniß des O. A. G.'s Kassel in Heuser, Annalen Bd. 2 S. 78; Erkenntniß des R. O. H. G.'s in dessen Entsch. Bd. 10 S. 189), so ist es bei einem vor Empfang des Kommissionsgutes behufs Anschaffung desselben gegebenen Vorschusse nicht weniger zutreffend. (R. G. 30. XII. 82.) R. C. VIII. (109.) 370. A. VII. (46.) 176. (R. C. III. (36.) 119.).

31. **Gerichtsstand des Erfüllungsortes bei Verbindung der Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Vertrages mit der Klage auf Rückgängigmachung des in Erwartung des Zustandekommens eines Vertrages Geleisteten.** (R. G. 2. V. 83.) R. C. X. (107.) 350—352.

Digitized by Google

32. **Im Gerichtsstande des § 29 darf nicht allein die Aufhebungsklage angebracht, sondern es darf mit ihr zugleich die Rückforderung der von dem Kläger bewirkten Vertragsleistung verbunden werden.** (Ueber Klagen auf Rückforderung des aus einem wegen Formlosigkeit nichtigen Vertrage Geleisteten vgl. Bd. 2 S. 410.) Es erhellt dies aus den Motiven des Gesetzes, welche als Grund für die Erstreckung des fraglichen Gerichtsstandes auf die Aufhebungsklage (S. 413 der Kortkampf'schen Ausgabe) ausdrücklich hervorheben, nach der Praxis könne gemäß Art. 1184 Code civ. auf Entschädigung nicht ohne gleichzeitige Klage auf Aufhebung geklagt werden. Werden hiernach beide Klagen als untrennbar behandelt, so waltet **kein Zweifel** ob, **daß das Gesetz unter der Aufhebungsklage die dazu gehörige Rückforderungsklage mitbegreift. Dasselbe unterwirft übrigens dem Gerichtsstande des Erfüllungsortes Aufhebungsklagen aller Art, ohne zu unterscheiden, aus welchem Grunde die Aufhebung verlangt wird.** So darf z. B. im Gerichtsstande des Erfüllungsortes wegen Aufhebung eines Vertrages ebensowohl dann geklagt werden, wenn man zur Eingehung desselben durch Täuschung vermocht worden war und deßhalb den Vertrag anfechten will, als in dem Falle, wenn man die Aufhebung nach den Rechtssätzen über Fehlergewähr zu fordern beabsichtigt. **Der die Zuständigkeit des Gerichts bestimmende Erfüllungsort ist der Erfüllungsort derjenigen Vertragspflicht, welche den Streitgegenstand ausmacht.** Als solche hat aber hier nicht etwa die im Streit befangene Rückerstattungspflicht der Beklagten, sondern die vom Kläger erfüllte Vertragspflicht zu gelten. In dieser Weise muß das Gesetz seiner Entstehungsgeschichte nach ausgelegt werden. Der Entwurf des § 29 hatte den Schlußsatz dahin gefaßt: **„wo der Vertrag von dem Beklagten zu erfüllen ist"**. Bei den Berathungen der Kommission des Reichstages wurde zunächst Streichung der Worte „von dem Beklagten" beantragt, „weil es auch vorkomme, daß derjenige, der einen Vertrag zu erfüllen habe, um dessen Erfüllung es sich handle, Kläger sei, namentlich wenn auf Aufhebung oder Nichtbestehen des Vertrages geklagt werde". Der Antrag fand Genehmigung (S. 10 ff. der Protokolle). In zweiter Lesung, nachdem inmittelst auch noch die Worte „der Vertrag" mit den Worten **„die streitige Verpflichtung"** vertauscht worden waren, gelangte § 29 ohne Debatte zur Annahme. (S. 508 der Protokolle.) Die Gründe der letzteren Abänderung sind nicht zu ersehen. Offenbar hat also hiermit die ursprüngliche Bestimmung nicht wesentlich umgestaltet, sondern es hat nur in weiterer Ausführung des ersten Abänderungsbeschlusses (gerade im Hinblick auf die dabei angedeutete Möglichkeit verschiedenartiger Erfüllungsorte für die aus zweiseitigen Verträgen entspringenden Forderungen) etwas deutlicher noch ausgedrückt werden sollen, daß der Erfüllungsort der Verpflichtung über die Zuständigkeit entscheide, um welche sich die Parteien gegebenen Falles streiten; und das ist bei der Aufhebungsklage, wie die Motive jenes ersten Beschlusses klar erkennen lassen, diejenige, von welcher der Kläger frei werden, deren Erfüllung er, wenn sie bereits erfolgt war, zurückrufen will. Die oben dargelegten Kommissionsberathungen erledigen überdies jede Ungewißheit darüber, daß **der Gesetzgeber den § 29 C. P. O. auch auf zweiseitige Verträge, bei denen Leistung und Gegenleistung nicht an dem nämlichen Orte zu erfüllen sind, bezogen und für Klagen auf Auf-**

Digitized by Google

hebung solcher Verträge den Erfüllungsort der Verpflichtung, an deren Wegfall dem Kläger gelegen ist, als maßgebend anerkannt hat. (R. G. 15. II. 81.) (R. C. IX. (102.) 351.) R. C. III. (118.) 413—415. A. III. (89.) 324—326. S. auch eine Entsch. des R. G. vom 4. Mai 1883 in Seuff Arch. Bd. 39 Nr. 48 S. 80.

33. **Für die Klage auf eine accessorische Konventionalstrafe ist der Gerichtsstand des Erfüllungsortes der Hauptobligation zuständig.** Wie sich die Rechtswirkungen einer solchen Verpflichtung des Schuldners nach dem örtlichen Rechte des Erfüllungsortes der Hauptverbindlichkeit bestimmen, ebenso ist auch das Gericht des Erfüllungsortes zuständig für die Klage aus jener Verpflichtung, welche nicht das eigentliche Obligationsobjekt bildet, sich vielmehr accessorisch an die Hauptobligation anschließt und somit als ein Theil der letzteren erscheint. (R. G. 20. IV. 86.) R. C. XV. (131.) 435. 437.

34. Der Bürge, welcher den Gläubiger befriedigt, zahlt eine fremde Schuld, aber für eigene Rechnung und kraft eigener Verbindlichkeit, wenn auch mit dem Rechte des Rückgriffes auf den Hauptschuldner; er erscheint daher, im Verhältnisse zum Gläubiger, als Schuldner, welcher im Zweifel an seinem Wohnsitze zu erfüllen hat, da das Gesetz nicht zwischen den einzelnen Schuldnern unterscheidet und sich insbesondere nicht auf den Hauptschuldner beschränkt. **Der Bürge hat also nicht schon wegen der accessorischen Natur der Bürgschaft seine Verpflichtung regelmäßig am Wohnsitze des Hauptschuldners zu erfüllen, und ist deßhalb allein auch nicht an diesem Orte sein Gerichtsstand nach Maßgabe des § 29 C. P. O. begründet.** Daran ändert auch der Umstand nichts, wenn der Bürge die Bürgschaft als Selbstschuldner übernommen hat, wodurch vielmehr dessen Stellung als ein Schuldner, welcher der Regel nach an seinem eigenen Wohnorte zahlt, um so klarer hervortritt. (R. G. 5. X. 83.) R. C. X. (81.) 283. 284.

35. **Der Gerichtsstand des inländischen Erfüllungsortes des § 29 der R. C. P. O. ist auch auf Ausländer anzuwenden.** Gerade auch durch den Hinblick auf die im Auslande wohnhaften Personen ist die Statuirung des Gerichtsstandes des Vertrages in dem im § 29 normirten Umfange in den Motiven zum Entwurf der R. C. P. O. begründet worden. Vgl. Motive S. 61. (R. G. 28. VI. 82.) A. VI. (20.) 126.

36. **Oesterreichische Eisenbahnen können die Zuständigkeit deutscher Gerichte in Couponsprozessen nicht aus dem Grunde anfechten, weil die Bahn willkürlich die deutsche Einlösungsstelle nur innerhalb bestimmter Frist als solche anerkennt.** (R. G. 1. VI. 81.) A. IV. (48.) 167—169.

37. **Der § 231 der R. C. P. O. bestimmt nur, daß auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses geklagt werden kann. Bei welchem Gerichte eine derartige Klage anzustellen ist, darüber enthält jener Paragraph keine Bestimmung.** (R. G. 23. V. 82.) A. VI. (21.) 127.

38. **Der § 134 der R. K. O. hebt die durch § 29 der R. C. P. O. begründete Zuständigkeit des Gerichts des Erfüllungsortes nicht auf.** Der § 134 der R. K. O. schreibt nur vor, daß die Klagen auf Feststellung einer von einem Gläubiger angemeldeten Forderung bei dem Konkursgerichte anzubringen und von diesem zu entscheiden sind. (R. G. 23. V. 82.) A. VI. (21.) 127.

39. **Der § 29 der R. C. P. O. ist gegenüber den §§ 12, 13, welche die allgemeine Regel enthalten, eng auszulegen.** Die Vorschriften über den

Digitized by Google

Gerichtsstand befinden sich in dem Tit. II Abschn. 1 Buch 1 der R. C. P. O. Als allgemeiner Gerichtsstand einer Person, in welchem alle Klagen gegen dieselbe anzubringen sind, gilt das Gericht des Wohnsitzes §§ 12, 13, sofern nicht für eine Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist. Einen solchen ausschließlichen Gerichtsstand bestimmt der § 29 für Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrages, auf Erfüllung oder Aufhebung eines solchen; für solche Klagen ist das Gericht des Ortes zuständig, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. Diese Vorschrift enthält somit eine Ausnahme von jener an die Spitze gestellten generellen Bestimmung; sie darf deßhalb nicht ausdehnend angewendet, muß vielmehr auf den dort bestimmt bezeichneten Fall beschränkt werden. (R. G. 23. V. 82.) A. VI. (21.) 128.

40. **Durch die Eröffnung des Konkurses wird der im Vertrage bestimmte Erfüllungsort nicht geändert.** Eine dahin gehende Vorschrift enthält die R. K. O. nicht. Der Gläubiger liquidirt seine Forderung auf Grund des mit dem Gemeinschuldner geschlossenen Vertrages. Er würde auch dadurch, daß er die auf ihn fallenden Beträge bei dem Konkursgerichte erheben muß, nicht behindert sein, die aus solcher Aenderung des vertragsmäßigen Erfüllungsortes entstehenden Nachtheile mit in Anrechnung zu bringen und erstattet zu verlangen. (R. G. 23. V. 82.) A. VI. (21.) 128.

2. Gerichtsstand des Meß- und Marktortes.

§ 30. **§ 30.**

Für Klagen aus den auf Messen und Märkten, mit Ausnahme der Jahr- und Wochenmärkte, geschlossenen Handelsgeschäften (Meß- und Marktsachen) ist das Gericht des Meß- und Marktorts zuständig, wenn die Erhebung der Klage erfolgt, während der Beklagte oder ein zur Prozeßführung berechtigter Vertreter desselben am Orte oder Bezirke des Gerichts sich aufhält.

H. G. B. Art. 271. ff. 277.

3. Gerichtsstand der geführten Verwaltung.

§ 31. **§ 31.**

Für Klagen, welche aus einer Vermögensverwaltung von dem Geschäftsherrn gegen den Verwalter oder von dem Verwalter gegen den Geschäftsherrn erhoben werden, ist das Gericht des Orts zuständig, wo die Verwaltung geführt ist.

4. Gerichtsstand der unerlaubten Handlung.

§ 32. **§ 32.**

Für Klagen aus unerlaubten Handlungen ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke die Handlung begangen ist.

1. **Der im Interesse des durch eine unerlaubte Handlung Beschädigten, zum Zwecke der Erleichterung des Beweises eingeführte Gerichtsstand der unerlaubten Handlung ist nach § 32 C. P. O., wie nach dem gemeinen Prozeßrechte, bei dem Gerichte begründet, in dessen Bezirke die Handlung begangen, die durch eine unerlaubte Handlung bewirkte Rechtsverletzung für den Kläger eingetreten ist.** (R. G. 12. IV. 81.) R. C. IV. (105.) 382. A. III. (146.) 525—527.

2. **Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlungen nach § 32 findet nicht nur bei allen Civilklagen aus strafbaren Handlungen, sondern auch bei allen Klagen aus civilrechtlichen Delikten und Quasidelikten (z. B. mit der condictio furtiva verfolgbaren Anspruch) statt, sofern nicht bloß eine schuldvolle Verletzung vertragsmäßiger Verbindlichkeiten in Frage kommt.**

Digitized by Google

(R. G. 12. X. 80.) R. C. II. (118.) 411 f. und (R. G. 26. X. 80.) S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 236 S. 357.

3. **Unter unerlaubten Handlungen im Sinne des § 32 C. P. O. können nur ſolche verſtanden werden, welche mindeſtens ein Privatdelikt involviren,** wie es auch in den Motiven (S. 62) heißt: Der Begriff unerlaubter Handlung umfaßt ſowohl die ſtrafbaren Handlungen als die einen ſelbſtändigen Klaggrund abgebenden Fälle civilrechtlicher Verſchuldung, insbeſondere die Fälle, in welchen die gemeinrechtliche actio legis Aquiliae begründet iſt. **Die Fälle der Verletzung bloß vertragsmäßiger Verbindlichkeiten gehören alſo jedenfalls nicht hierher,** während § 32 C. P. O., da er die Zuſtändigkeit des Gerichtes ſchlechthin nach der Objektivität des Klagefundamentes beſtimmt, allerdings auch dann als anwendbar erſcheint, wenn aus der unerlaubten Handlung einer Perſon ein für deren Folgen civilrechtlich haftbarer Dritter in Anſpruch genommen wird. (Vgl. Entſch. des R. G.'s in Civilſ. Bd. 6 S. 384.) (Ob auch die ſ. g. Quaſidelikte, ſofern ſie nicht zugleich eine Verſchuldung vorausſetzen, unter den § 32 fallen [vgl. einerſeits Struckmann und Koch, Kommentar Anm. 1 zu § 32 a. a. O. und andererſeits Entſch. des R. G.'s in Civilſ. Bd. 2 S. 411], iſt hier nicht entſchieden.) (R. G. 25. XI. 82.) R. C. X. (97.) 327. 328.

4. **Wenn Jemand zu einer Zeit, wo ihm bereits bekannt war, daß der Gemeinſchuldner ſeine Zahlungen eingeſtellt hat, mit dem Gemeinſchuldner noch Kaufverträge abſchließt, ſo verletzt er bewußter Weiſe den ſogenannten Konkursanſpruch, d. h. das gemeinſame Recht aller Gläubiger auf Verwendung des geſammten Vermögens des Gemeinſchuldners zu ihrer gleichmäßigen Befriedigung (R. Konk. O. § 23 Nr. 1), und es ſind dieſe ſeine Handlungen im Sinne der R. C. P. O. § 32 als unerlaubte anzuſehen.** Wenn ſich anſcheinend die vorſtehende Begründung nicht durchgehends im Einklange mit den Gründen des Erkenntniſſes des I. Civilſenats des R. G. vom 25. November 1882 I. 417/82 (vgl. dagegen Annalen Bd. VII S. 77) „zu befinden" ſcheint, ſo lag doch der damals entſchiedene Fall thatſächlich anders. Der Erſte Senat hat die thatſächlichen Vorausſetzungen des § 23 Nr. 2 der R. Konk. O. als vorhanden angeſehen und danach das Vorhandenſein einer unerlaubten Handlung verneint. Gegenwärtig liegen die thatſächlichen Vorausſetzungen des § 23 Nr. 1 der R. Konk. O. vor. Für dieſen Fall hat der erſte Senat eine Entſcheidung nicht getroffen, und es lag alſo keine Veranlaſſung vor, die Sache vor die Vereinigten Civilſenate zu verweiſen (G. V. G. § 137). — (R. G. 20. II. 84.) A. IX. (105.) 438. 439.

5. **Das Anfechtungsrecht nach § 22 ff. der K. O. beruht nicht auf einer „unerlaubten" Handlung im Sinne des § 32 der C. P. O.** Eine „unerlaubte" Handlung im Sinne des § 35 des A. L. R. I. 6, d. h. eine Handlung, aus welcher dem Handelnden wohl Verbindlichkeiten, aber keinerlei Rechte erwachſen können, liegt nicht vor, wenn die Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners von der ihnen in den §§ 1. 2. 7 Nr. 1. 9. 10 des preuß. Anfechtungsgeſetzes vom 9. Mai 1855, bezw. in dem § 309 der preuß. K. O. vom 8. Mai 1855 eingeräumten Befugniß zur Anfechtung von Rechtshandlungen, welche eine Bevortheilung der Gläubiger bezwecken, Gebrauch machen. (Vgl. Entſch. des R. O. H. G.'s

Digitized by Google

Bd. 25 S. 33 ff. und Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 4 S. 228.) Wenn es sich aber um den Begriff der „unerlaubten Handlung" im Sinne eines Reichsgesetzes — des § 32 der C. P. O. — handelt, so ist auf das betreffende Landesrecht überhaupt nicht zurückzugehen, sondern dieser Begriff aus den reichsgesetzlichen Bestimmungen und nach allgemeinen Rechtsprinzipien zu ermitteln. Da aber das Anfechtungsrecht der Gläubiger aus § 23 der K. O. weder in einem Delikte noch auch nur in einem Quasidelikte gefunden werden kann, so kann von einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 32 der R. C. P. O. nicht die Rede sein (s. über die rechtliche Natur des § 23 der K. O., R. C. X. [97.] 328—330). Allerdings haben sich verschiedene Kommentatoren und andere Schriftsteller dafür ausgesprochen, daß eine Deliktsschuld des Anfechtungsgegners statuirt werde, der Anspruch auf einer Unredlichkeit beruhe. (Vgl. Otto, Die Anfechtung von Rechtshandlungen S. 19. 23; Wengler, Die Konkursordnung des Deutschen Reiches S. 178—186; Hullmann, Konkursordnung S. 138; Fitting, Das Reichskonkursrecht S. 136. 149. 159; Wilmowsky, Deutsche Reichskonkursordnung S. 143. 152—154. 191.) Wilmowsky (a. a. O. S. 152) und Otto (a. a. O. S. 231) ziehen auch hieraus ausdrücklich die Schlußfolgerung, daß auch für die auf § 23 der K. O. beruhenden Ansprüche der Gerichtsstand des § 32 der C. P. O. zulässig sei, wogegen Mandry (Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze S. 377) wenigstens ein Quasidelikt als Grund dieser Ansprüche annimmt. Allein auch die Motive nöthigen weder zu der einen noch zu der anderen Annahme. Die angedeuteten Ausführungen bezwecken nämlich nur, die vorgeschlagenen Bestimmungen vom legislatorischen Standpunkte aus zu rechtfertigen. Für die Frage, ob die Gesichtspunkte des Gesetzgebers in der That zutreffend sind, ob speziell im Falle des § 23 der K. O. die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung vorliegen, kann nur der Inhalt der betreffenden Bestimmungen selbst im Beihalte allgemeiner Rechtsgrundsätze und Begriffe maßgebend sein. Dazu kommt, daß auch der Gesetzgeber selbst in den Motiven noch andere Gründe für die Bestimmungen des Gesetzes geltend macht, nämlich die Erfahrung, daß die Schuldner in der kritischen Zeit, während einzelne Gläubiger andrängen, noch verzweifelte Anstrengungen, sich aufrecht zu erhalten, zu machen pflegen, und daß nur durch solche Bestimmungen der allgemeine Kredit geschützt werde, daß das adoptirte System der Billigkeit entspreche und zum Schutze der Gläubiger geboten erscheine, daß die Suffizienz des Vermögens zur Zeit der betreffenden Handlung (Veräußerung) den Anspruch nicht ausschließen solle, daß es vielmehr zur Anfechtung schon genügen müsse, wenn nur zu der (späteren) Zeit, wo die Befriedigung der Gläubiger erfolgen solle, der Schuldner dazu außer Stande sei. (Vgl. Motive S. 103. 104. 105. 108. 109.) Geht hieraus hervor, daß die Bestimmungen des Gesetzes auch auf verschiedenen legislatorischen Zweckmäßigkeitsrücksichten beruhen, so hat bei den Berathungen der Commission des Reichstages (vgl. Protokolle S. 20) der Regierungsvertreter sich außerdem noch dahin ausgesprochen, die Vorschriften des § 23 Ziff. 1, 2 a. a. O. seien kein Ausfluß der gemeinrechtlichen Anfechtungsklage und verfolgten keine Art des Betruges, sondern bildeten einen selbständigen, lediglich aus dem Konkursverhältnisse entnommenen

Digitized by Google

Anfechtungsgrund, ihnen liege der Gedanke zum Grunde, daß alle nach der Zahlungseinstellung trotz Kenntniß derselben vorgenommenen Rechtshandlungen anfechtbar sein sollten; mit dem gemeinrechtlichen Systeme müsse gebrochen werden. Schon hiernach mußte es bedenklich erscheinen, in den Bestimmungen des § 23 der K. O. lediglich eine Fortbildung der auf bewußtem Unrechte beruhenden gemeinrechtlichen Deliktsklage (actio Pauliana) zu erblicken, zumal diese eine schon zur Zeit der Veräußerung vorhandene Insuffizienz des Vermögens voraussetzt, während die Konkursordnung eine Anfechtung auch dann zuläßt, wenn nur zur Zeit des Konkurses die Befriedigung der sämmtlichen Gläubiger nicht zum vollen erfolgen kann, und in den Motiven stillschweigend anerkannt wird, daß, trotz der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrages, die Zahlungsfähigkeit des Schuldners vorhanden gewesen sein könne, sodaß der mit jenen Thatsachen bekannte Anfechtungsbeklagte im konkreten Falle füglich auch gewußt haben kann, daß der Schuldner trotzdem zahlungsfähig sei, der Anfechtungsanspruch also lediglich auf einer gesetzgeberischen Präsumtion beruht. Ebensowenig kann aber (vgl. dagegen auch Fitting, a. a. O. § 4 Note 7 und § 16 Note 16; Mandry S. 381 Anm. 14 und Otto S. 20) der Anfechtungsanspruch des § 23 a. a. O. mit den Motiven auf die Verletzung eines angeblich durch die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners entstandenen „Konkursanspruches" seiner Gläubiger zurückgeführt werden; denn ein selbständiger, erst durch die Zahlungsunfähigkeit entstehender privatrechtlicher Anspruch neben der Forderung selbst erscheint nicht genügend begründet, da die Gläubiger auch nach der Konkurseröffnung keinen anderen Anspruch, als den Anspruch auf Befriedigung wegen ihrer Forderungen haben, und aus der Zahlungsunfähigkeit sich vielmehr nur eine gegenseitige Beschränkung des Befriedigungsrechtes ergibt. Mag sich die Annahme eines solchen „Konkursanspruches" auch gesetzgeberisch verwenden lassen, so erscheint es doch nicht als geeignet, das Anfechtungsrecht des § 23 a. a. O. als eine Rechtswidrigkeit, als auf einer mindestens schuldvollen Verletzung bestimmter Rechte dritter Personen beruhend zu charakterisiren. Endlich trifft auch der Gesichtspunkt einer gegen die Gläubiger begangenen Unredlichkeit, jedenfalls bei dem hier in Frage stehenden Anfechtungsrechte unter Ziff. 2 des § 23 der K. O. nicht zu, da das Gesetz in diesen Fällen auf Seiten des Anfechtungsbeklagten die wirkliche Kenntniß von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage sowie von der Begünstigungsabsicht des Schuldners nicht voraussetzt, sondern sich damit begnügt, dieselbe bis zum Beweise des Gegentheiles zu präsumiren, sodaß schon das Mißlingen dieses Beweises zur Begründung des Anfechtungsanspruches ausreicht und thatsächlich häufig nichts vorliegen wird, als die innerhalb des kritischen Zeitraumes erfolgte Rechtshandlung, durch welche einem Gläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt ist, welche er nicht beanspruchen konnte. Aus diesem Grunde ist auch Dernburg (Lehrbuch des preuß. Privatrechts [3. Aufl.] Bd. 2 §§ 127. 128) mit Recht der Ansicht, daß für die hier fraglichen Fälle der Anfechtung der in den Motiven aufgestellten Präsumtion einer fraus nicht zu folgen, und daß diese Klage an sich keine Deliktsklage sei. (Vgl. auch Jäckel, Die Anfechtung ꝛc. S. 35. 92. 157.) Daß der Gesetzgeber durch die im § 30 der K. O.

Digitized by Google

hinsichtlich des Umfanges der dem Anfechtungsgegner obliegenden Verpflichtung diesen auch im Falle des § 23 a. a. O. einem unredlichen Erwerber gleich behandelt hat, ist für den rechtlichen Grund des Anspruches nicht entscheidend. Dieser Grund erscheint vielmehr als ein selbständiger, lediglich dem eingetretenen Konkursverhältnisse, sowie dem Zwecke, eine möglichst gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger zu sichern, entnommener, welcher nicht auf eine Unredlichkeit, die thatsächlich und subjektiv gar nicht vorzuliegen braucht, zu gründen ist. (Vgl. Hartmann, Das Gesetz betreffend die Anfechtung ꝛc. [2. Aufl.] S. 5 ff., v. Völderndorff, Die Konkursordnung S. 267. 275. (R. G. 25. XI. 82.) R. C. X. (97.) 326—333. (R. G. 1. IV. 85 s. R. C. XII. [94.] 364; s. dagegen R. G. 16. VI. 83 in R. C. X. [98.] 334—338.)

6. **Für die auf § 23 Ziff. 2 der K. O. gestützte Klage ist der Gerichtsstand, wo die unerlaubte Handlung begangen worden** (§ 32 der C. P. O.), **begründet.** [Siehe dagegen ein Erkenntniß vom 25. November 1882 R. C. X. (97) 325—333.] Der § 23 Ziff. 2 der R. K. O. betrachtet, indem er hier diesen Beweis fordert, offenbar die absichtliche Begünstigung eines Gläubigers vor den übrigen Gläubigern und die Annahme einer solchen Begünstigung in Kenntniß der hierauf gerichteten Absicht als unerlaubte Handlungen. Nur eine solche kann der Grund der Anfechtungsklage sein, da ein Vertragsverhältniß zwischen der Konkursmasse, bezw. den übrigen Gläubigern, und dem Anfechtungsbeklagten überall nicht besteht. — Von einer obligatio ex lege kann man höchstens in dem Sinne sprechen, als eben die positive Vorschrift des Gesetzes es ist, welche eine solche Begünstigung eines Gläubigers vor den übrigen Gläubigern und die Entgegennahme des Vortheiles in Kenntniß der Begünstigungsabsicht in der kritischen Zeit von zehn Tagen vor Eröffnung des Konkursverfahrens für unerlaubte und deßhalb anfechtbare Rechtshandlungen erklärt. — Indem das Gesetz von dem Anfechtungsbeklagten den Beweis fordert, daß ihm eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen zu begünstigen, nicht bekannt gewesen sei, begnügt es sich auch *nicht* mit dem *rein objektiven Thatbestande*, daß der Konkursgläubiger (Anfechtungsbeklagte) die ihm gewährte Sicherung oder Befriedigung nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, sondern es unterstellt eine *Absicht* der Begünstigung *und* die *Kenntniß* von derselben, und der Gegenbeweis der Unkenntniß ist in Wirklichkeit nichts Anderes als der Beweis des Mangels einer (im Sinne des Gesetzes) rechtswidrigen *subjektiven Gesinnung*. Daraus, daß das Gesetz eine *Verschärfung* eintreten läßt, indem es für dieses subjektive Moment, welches sich doch nur als böser Glaube charakterisiren läßt, eine *Vermuthung* aufstellt, kann offenbar nicht gefolgert werden, daß dasselbe *nicht* auf dem Prinzipe einer unerlaubten Handlung beruhe. — Der sogenannte „Konkursanspruch", gegen welchen diese Handlung gerichtet ist, läßt sich von dem Anspruche auf Befriedigung dahin unterscheiden, daß er der durch die Insolvenz des Gemeinschuldners erzeugte rechtliche Anspruch *eines jeden* Gläubigers auf Verwendung des gesammten Vermögens zur gesetzlich geregelten Vertheilung unter sämmtliche Gläubiger ist. *Dieser* Anspruch *beschränkt* den Befriedigungsanspruch, welchem *ohne* die Insolvenz des Schuldners von diesem zu

Digitized by Google

jeder Zeit und in jeder Art entsprochen werden könnte, und das Unrecht des Anfechtungsbeklagten liegt gerade darin, daß er diese durch die Vermögenslage des Gemeinschuldners im Interesse der Gesammtheit der Gläubiger gezogene Schranke nicht beachtend, gleichwohl noch eine Begünstigung annimmt, ohne beweisen zu können, daß ihm eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn zu begünstigen, nicht bekannt gewesen ist. Eine Anfechtung auf Grund des § 23 Ziff. 2 beruht hiernach auf einer unrechten Handlung. Allerdings läßt das Gesetz die Anfechtung auch zu wegen einer ungerechtfertigten Bereicherung infolge unentgeltlicher Rechtshandlungen (§ 25); während aber wegen letzterer der gewöhnliche Gerichtsstand begründet ist, liegt betreffs jener die Voraussetzung des § 32 der C. P. O. — ebenso wie im Falle des § 24 — jedenfalls dann vor, wenn nicht bloß ein einseitiges Vorgehen des Gläubigers, sondern ein gemeinsames Handeln dieses und des Gemeinschuldners in Frage steht. Zu diesem Ergebnisse führen auch die Motive. (Siehe hierüber R. C. X. (98) 336. 337.) Daß auf Seiten des Gemeinschuldners die in § 23 Ziff. 2 erwähnte Begünstigung eines Gläubigers sogar eine strafbare Handlung darstelle, ist im § 211 der Konk. Ord. bestimmt ausgesprochen und daß in Abweichung von den Vorschriften der preußischen Konkursordnung der Empfänger nicht ebenfalls mit Strafe bedroht ist, beruht inhaltlich der Motive (S. 461) darauf, daß eine solche Bestimmung zu hart und die Beurtheilung im einzelnen Falle schwierig wäre. Das ist aber in den Motiven nicht gesagt, daß „die civilrechtliche Verantwortung", bei welcher es das Gesetz bewenden läßt, nicht aus dem Handeln in bösem Glauben, oder aus der civilrechtlichen Verschuldung, nämlich daraus folge, daß sich der Empfänger wissentlich an der strafbaren Handlung des Gemeinschuldners betheiligt und aus ihr Vortheil gezogen hat. Der § 32 der C. P. O. umfaßt aber, wie bereits bemerkt, nicht nur die strafbare, sondern auch die civilrechtliche Verschuldung. Auch bezüglich der §§ 100 und 101 der preußischen Konkursordnung, welch letzterem der § 23 Ziff. 2 der Reichs-Konkursordnung nachgebildet ist, hat das ehemalige Reichsoberhandelsgericht sich wiederholt dahin ausgesprochen, daß das Gesetz die „fraudulöse Absicht" treffen wolle; so wörtlich in Bd. 7 Nr. 87 S. 334 (vgl. überdies Bd. 5 Nr. 26 S. 110; Bd. 10 Nr. 44 S. 211, Nr. 54 S. 249; Bd. 14 Nr. 104 S. 325; Bd. 15 Nr. 47 S. 155; Bd. 21 Nr. 139 S. 419.) Die in Bd. 25 Nr. 7 S. 34 mitgetheilte Entscheidung, welche ausführt, daß eine nach den §§ 1. 2. 7. Nr. 1. 9. u. 10 des preußischen Anfechtungsgesetzes vom 9. Mai 1885 anfechtbare Rechtshandlung nicht eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 35 A. L. R. I. 3 sei, hat für die vorliegende Frage deßhalb keine Bedeutung, weil damit nur verneint worden ist, daß eine solche unerlaubte Handlung vorliege, aus welcher für die Handelnden überhaupt keine Rechte entstehen können; überdies ist hier nicht nach partikulärem, sondern nach Reichsrecht, d. h. im Sinne der Konkursordnung, der Prozeßordnung und nach allgemeinen Rechtsprinzipien der Begriff der unerlaubten Handlungen festzustellen. Nach dem Ausgeführten ist aber eine solche jedenfalls in einer von dem Gemeinschuldner und einem Konkursgläubiger zusammen und im beiderseitigen Einverständnisse vorgenommenen Rechtshandlung zu erkennen,

Digitized by Google

durch welche der erstere den letzteren in der diesem bekannten Absicht, ihn vor anderen Gläubigern zu begünstigen, zu der in § 23 Ziff. 2 der Konkursordnung gedachten Zeit eine Sicherung oder Befriedigung gewährt, welche derselbe nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit beanspruchen konnte. [Ob die gleichen Grundsätze auch in einem Falle, wie den vom ersten Civilsenate des R. G.'s am 25. November 1882 (R. C. X. (97.) 325—333) in entgegengesetztem Sinne beurtheilten Anwendung zu finden hätten, nämlich, wenn der Anfechtungsbeklagte eine gerichtliche Arrestanlage erwirkt hat und weder eine Mitwirkung, noch ein Einverständniß des Gemeinschuldners behauptet ist, kann dahin gestellt bleiben; jedenfalls findet eine Abweichung der gegenwärtigen Entscheidung, welche einen wesentlich verschiedenen Fall betrifft, von jener Entscheidung nicht statt.] (R. G. 16. VI. 83.) R. C. X. (98.) 335—338.

7. Der Begriff der unerlaubten H. umfaßt auch die Fälle civilrechtlicher Verschuldung. **Dahin gehören auch die nach § 24 Nr. 1 Konk. O. anfechtbaren Handlungen und die Mitwirkung Dritter hierbei.** Entsch. des R. G. vom 18. XI. 82. A. VII. (19.) 77. 78.

8. **Der § 32 umfaßt sowohl die strafbaren Handlungen als auch die Fälle des civilrechtlichen Verschuldens, d. i. civilrechtliche Delikte,** und ist zu letzterem unter allen Umständen sowohl die Rechtshandlung des Gemeinschuldners zu zählen, welche er in der dem anderen Theile bekannten Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachtheiligen, als auch die bewußte Entgegennahme des durch eine solche Rechtshandlung dem Anfechtungsbeklagten erwachsenen Vortheils. **Es ist somit für eine auf § 24 Ziff. 1 der R. K. O. gestützte Klage der Gerichtsstand, wo die unerlaubte Handlung begangen worden, begründet.** (S. auch Erkenntniß des V. Civilsenats vom 18. November 1882 in A. VII. (19.) 77. 78.) (R. G. 16. VI. 83.) R. C. X. (98.) 334.

9. **Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung ist auch gegen denjenigen begründet, der die Handlung nicht selbst beging, sondern nur für die Folgen derselben civilrechtlich haftet.** Für den Begriff der Natur der Klage macht es keinen Unterschied, ob der durch eine unerlaubte Handlung erzeugte Ersatzanspruch gegen denjenigen, welcher bewandten Umständen nach auch einer strafrechtlichen Verfolgung unterliegt, oder aber gegen eine Person, die nur für die civilrechtlichen Folgen belangt werden kann, eingeklagt wird. Wenn auch in dem letzteren Falle außer dem Delikte des unmittelbaren Urhebers desselben noch ein weiteres Moment, ein besonderes Verhältniß desselben zu dem Beklagten, zur Begründung der Klage erfordert wird, so liegt doch in diesem hinzukommenden Momente lediglich das Motiv, welches den Gesetzgeber bestimmt hat, für die (civilrechtlichen) Folgen des Deliktes auch den Beklagten verantwortlich zu machen, die Klage aus dem Delikte auch gegen diesen Beklagten einzuräumen, die Natur des den Charakter der Klage bestimmenden Fundamentes bleibt aber unverändert. (So ward vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung die Verpflichtung aus § 2 des Haftpflichtgesetzes (im Gegensatze zu der aus § 1 daselbst) von der Rechtsprechung und in der Doktrin als eine Deliktsobligation oder näher: als obligatio quasi ex delicto erachtet und das forum delicti commissi wenn nicht ausschließlich, so doch in elektiver Kon-

Digitized by Google

kurrenz mit dem allgemeinen Gerichtsstande des Wohnsitzes des Beklagten für begründet erklärt. (Vgl. Entsch. des R. O. H. G.'s vom 24. Januar 1874 Bd. 16 S. 4. 6; Eger, das Reichshaftpflichtgesetz S. 217. 477.) Die Klage aus § 2 a. a. O. richtet sich aber gerade nicht gegen den Urheber des Deliktes, sondern nur gegen den Betriebsunternehmer.) Vollends entscheidend ist aber der Grund des Gesetzes. Der Gerichtsstand des § 32 C. P. O. ist — analog wie der dingliche Gerichtsstand — schlechthin durch die Objektivität des Klagfundamentes: unerlaubte Handlung, bestimmt, und dies zwar aus dem legislatorischen Gedanken, daß die prozessuale Feststellung des Klagfundamentes gerade bei demjenigen Gerichte, in dessen Bezirke die Handlung begangen worden ist, am besten, sichersten und mit den geringsten Kosten erfolgen könne. (R. G. 3. II. 82.) R. C. VI. (118.) 383—385. A. V. (64.) 276. 277.

10. Für eine **Klage aus der Hinwegnahme beweglicher Zugehörungen zu einem Hypothekarobjekte** ist der Gerichtsstand der belegenen unbeweglichen Sache, nach Umständen aber auch derjenige der unerlaubten Handlung begründet. Stellt sich nämlich die Hinwegnahme solcher Gegenstände als eine widerrechtliche, unerlaubte Handlung dar, so ist für die Geltendmachung des Anspruchs auf Zurückgabe der in widerrechtlicher Weise dem Kläger entzogenen Gegenstände bezw. Wiederherstellung des früheren Zustandes nach § 32 der R. C. P. O. zweifellos das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die unerlaubte Handlung begangen worden ist. (B. O. L. 29. XI. 1880.) S. VIII. (227.) 634. S. hier. auch noch bei § 25 eodem.

11. Ist auf Entschädigung geklagt, so kommt es auf den Ort der Begehung der unerlaubten Handlung an, durch welche der Schaden, dessen Ersatz gefordert wird, verursacht worden ist. **Für eine auf Grund des § 34 des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877 wegen Verletzung des Patentrechtes erhobene Beschädigungsklage ist daher das Gericht zuständig, in dessen Bezirke die das Patentrecht verletzende Handlung begangen worden ist, welche als Ursache des erwachsenen Schadens erscheint.** In dieser Beziehung ist weder der Ort des Abschlusses des Vertrages entscheidend, weil dadurch allein eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 4. 34 des Patentgesetzes nicht begangen wird, noch der Ort, wo dieser Vertrag zu erfüllen ist, weil die bezüglich des Ortes der Erfüllung unter den Vertragschließenden bestehende Verbindlichkeit für die Frage, ob und wo eine Verletzung des Patentrechtes des Klägers stattgefunden hat, gleichgültig ist. Es ist vielmehr dasjenige Gericht nach § 32 C. P. O. zuständig, in dessen Bezirke die das Patentrecht verletzenden Handlungen in Ausführung des Vertrages begangen sind. (R. G. 21. III. 85.) R. C. XIII. (117.) 424. 425.

12. **Die Eintreibung einer, wie dem Wechselgläubiger bekannt, der materiellen Grundlage entbehrenden Wechselforderung begründet die condictio furtiva und damit den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung.** Urtheil des Reichsgerichts vom 26. Oktober 1880. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 236 S. 357.

13. **Für Klagen des Fiskus gegen einen Beamten auf Schadenersatz wegen seiner Amtsführung ist weder der Gerichtsstand des Erfüllungsorts noch der der unerlaubten Handlung begründet.** In der Ueberschreitung der Amtsbefugnisse seitens eines Beamten liegt nicht eine unerlaubte

Digitized by Google

Handlung im Sinne des § 32 der C. P. O. Die Motive heben freilich hervor, daß unter „unerlaubten Handlungen" nicht bloß strafbare Handlungen, sondern auch die Fälle der civilrechtlichen Verschuldung, insbesondere die Fälle der aquilischen Schuld zu verstehen seien. Allein die Anwendbarkeit des § 32 setzt immer voraus, daß durch die Verschuldung an sich eine selbständige Klage erzeugt worden ist. Die Anwendung des § 32 bleibt daher ausgeschlossen, wo eine Vertragskulpa in Frage steht, und ebenso sehr, wenn es sich um ein Verschulden des Beamten handelt, das ihm aus der Nichtbeachtung der ihm gegebenen Vorschriften zur Last gelegt wird. In beiden Fällen würde die rechtswidrige Handlung oder Unterlassung keinen selbständigen civilrechtlichen Klagegrund geben, vielmehr im ersteren Fall die Klage aus dem betreffenden Vertrage, in dem andern aber die Klage aus dem durch die Beamtenstellung geschaffenen Verhältniß begründet erscheinen (Windscheid, Pandekten Bd. 2 § 448). Urtheil des O. L. G. zu Kiel vom 11. Juli 1882. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 49 S. 82.

14. **Die Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben sind nach den Bestimmungen in den §§ 459—463 St. P. O. als Strafsachen anzusehen, deren Entscheidung hiernach den Civilgerichten entzogen ist.** (R. G. 1. VI. 86.) R. C. XVI. (100.) 410.

VIII. Gerichtsstand der Widerklage.

§ 33. **§ 33.**

Bei dem Gerichte der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder mit den gegen denselben vorgebrachten Vertheidigungsmitteln in Zusammenhang steht.

Diese Bestimmung findet keine Anwendung, wenn die Zuständigkeit des Gerichts für eine Klage wegen des Gegenanspruchs auch durch Vereinbarung nicht würde begründet werden können.

§§ 251. 525 ff., 587. 684.

Abs. 1. 1. Der § 33 Abs. 1 C. P. O. muß dahin ausgelegt werden, daß das Wort „**Zusammenhang**" in demselben dasselbe bedeutet, wie das Wort „Konnexität" in dem § 22 des ersten hannoverschen Entwurfes einer Allgem. deutschen Civilprozeßordnung, in welchem es heißt: „Eine Widerklage kann bei dem Gerichte der Klage angestellt werden, wenn der Gegenanspruch mit dem Klageanspruche in rechtlichem Zusammenhange steht (Konnexität)". Mit Ausnahme des Entwurfes einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Norddeutschen Bund (welcher in den §§ 65. 206. 208 konnexe und nicht konnexe Widerklagen zuläßt und nur ihre prozessuale Behandlung verschieden regelt), fordern nicht nur der Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preußischen Staat von 1864 § 30, sondern auch der 1. hannoversche Entwurf einer Allgem. deutschen Civilprozeßordnung im § 22, der 2. hannoversche Entwurf in § 23, der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung von 1871 in § 32, von 1872 in § 33, von 1874 in § 33 (in Text und Begründung) einen rechtlichen Zusammenhang als Vorbedingung der Widerklage. Die Fassung des § 33 in dem Entwurf von 1874 lautete: „Bei dem Gerichte der Klage kann auch eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch auch als Einrede geltend gemacht werden kann, oder mit dem

Digitized by Google

in der Klage geltend gemachten Anspruche in rechtlichem Zusammenhange steht". Ausweislich der Protokolle der Kommission des Reichstages zur Berathung dieses Entwurfes S. 12. 15. 55. 508 schlug der Abgeordnete Dr. Bähr folgende Fassung vor: „Bei dem Gerichte der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit der Klage oder der dagegen vorgebrachten Vertheidigung im Zusammenhange steht." Diese Fassung ist im Gesetze selbst nur redaktionell dahin geändert, daß statt der hinter dem Worte „oder" folgenden Worte gesagt ist: „mit den dagegen vorgebrachten Vertheidigungsmitteln im Zusammenhange steht". Der Abgeordnete Dr. Bähr hat zur Begründung seines Antrages nur bemerkt: „Er glaube, daß sein Antrag dem Sinne des Regierungsentwurfes entspreche und nur dessen Klarstellung bewirke". Sonst ist bis zur definitiven Feststellung des Gesetzestextes von keiner Seite etwas bemerkt. Daraus folgt, daß die in dem Regierungsentwurfe von 1874 und in den vorhergehenden Entwürfen stets mit voller Klarheit festgehaltene Voraussetzung des rechtlichen Zusammenhanges auch in der Gesetzesfassung der Civilprozeßordnung hat festgehalten werden sollen und festgehalten ist, daß das Wort **„Zusammenhang" nur der kürzere prozessual-technische Ausdruck für die Worte „rechtlicher Zusammenhang" ist**, und dem Worte „Konnexität" in § 22 des ersten hannoverschen Entwurfes in der Bedeutung gleichsteht. Unter dem sogenannten thatsächlichen Zusammenhange läßt sich auch gar nichts Klares und Scharfes denken. Ein vernünftiger legislativer Grund, eine Widerklage wegen einer bloßen Uebereinstimmung faktischer Momente, welche ihren Grund bilden, mit faktischen Momenten, welche dem Klageanspruche oder einem vorgebrachten Vertheidigungsmittel zu Grunde liegen, aber für ein rechtliches Verhältniß der betreffenden Rechtsbehelfe nicht releviren, ist nicht erfindlich. (R. G. 15. III. 84.) R. C. XI. (113.) 423. 424. A. X. (18.) 79—81.

2. Der von Löning, Zeitschr. für deutschen C. P. Bd. 4 S. 57 ff., vertheidigten Ansicht, daß der § 33 der C. P. O. sich nur auf den Gerichtsstand der Widerklage, nicht auf ihre Zulässigkeit überhaupt, beziehe, daß es mithin zwischen Vorklage und Widerklage einer Konnexität dann nicht bedürfe, wenn das Prozeßgericht für die Widerklage ohnehin kompetent sei, ist nicht beizupflichten. Wenn auch nicht zu verkennen ist, daß die Aufnahme des § 33 in den Titel über den Gerichtsstand den Zweifel rechtfertigt, ob es die Ansicht des Gesetzgebers gewesen, an dieser Stelle Vorschriften über die prozessuale Zulässigkeit der Widerklage zu treffen, so wird dieser Zweifel doch durch die Entstehungsgeschichte der betreffenden Bestimmung beseitigt. Die Motive zu den §§ 33. 241. 243 des Entwurfs der C. P. O. (§§ 33. 251. 253 der C. P. O.) ergeben, wenn sie auch eine ausdrückliche Erklärung hierüber vermissen lassen, doch klar, daß man das im norddeutschen Entwurf von 1870 im Anschluß an die Vorschriften der preuß. A. G. O. (Thl. I, Titel 19 §§ 9 ff.) und andere Prozeßgesetze aufgestellte Erforderniß der Konnexität zwischen Vorklage und Widerklage zur Vermeidung einer aus der gleichzeitigen Geltendmachung nicht zusammenhängender Ansprüche erwachsenden Verwirrung des Verfahrens hat einführen wollen; in den Verhandlungen der Reichsjustizkommission ist dieser Auffassung auch Ausdruck gegeben. Der Wort-

Digitized by Google

laut des § 33 rechtfertigt die beschränkende Auslegung nicht. Es ist nicht außer Acht zu lassen, daß die eigentliche Widerklage ihrem Begriff nach bei einem anderen Gericht als dem Gericht der Klage nicht erhoben werden kann, daß es sich mithin nicht, wie in den §§ 22. 26. 27. 28 der C. P. O., in welchen bei Anordnung der Gerichtsstände eine dem § 33 entsprechende Wendung gebraucht ist, darum handeln konnte, Bestimmungen darüber zu treffen, bei welchem Gericht eine Widerklage zu erheben, sondern nur darum, die Voraussetzungen aufzustellen, unter denen die Erhebung der Widerklage bei dem Gericht der Klage gestattet sein soll. **Danach kann der § 33 nicht anders interpretirt werden, als dahin, daß bei dem Gericht der Klage, ohne Rücksicht auf dessen Zuständigkeit** — Letzteres mit der im Abs. 2 statuirten Ausnahme —, **eine Widerklage, bei welcher der erforderte Zusammenhang mit der Vorklage vorhanden, erhoben werden kann, daß aber in Ermangelung dieses Erfordernisses die Erhebung der Widerklage unstatthaft ist.** Urtheil des O. L. G. zu Celle v. 6. Juli 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 337 S. 456. 457.

3. **Erforderniß der Konnexität für die Widerklage.** Wenn Forderungen zur Begründung einer Retentionseinrede aus Rechtsgründen ungeeignet sind, so können sie auch mittels Widerklage nicht geltend gemacht werden. (Struckmann und Koch Komm. 2. Aufl. S. 24; Endemann, der d. Civilprozeß Bd. 1 S. 280 ff.; Sarwey C. P. O. zu § 33 und zu § 251 unter IV, 3; Seuffert C. P. O. zu § 33; Petersen zu § 33 Bem. 1, 2, 4; Schmidt in Busch Zeitschr. Bd. 4 S. 375 ff.) Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig v. 11. Nov. 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 338 S. 448.

4. **Der Zusammenhang zwischen Klaganspruch und Gegenanspruch muß ein rechtlicher sein.** (Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte Bd. 37 S. 456, Bd. 38 S. 448; Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 11 S. 423. **Ein rechtlicher Zusammenhang ist auch dann anzunehmen, wenn Klaganspruch und Gegenanspruch in einem Präjudizialverhältnisse stehen,** sich aus der Beurtheilung des einen Anspruchs rechtliche Folgen für die Beurtheilung des anderen ergeben. (Vgl. die Kommentare zur Civilprozeßordnung von Struckmann und Koch, Seuffert und Petersen zu § 33.) Urtheil des obersten L. G. für Bayern v. 26. März 1886. S. XI (145) 369.

5. **Widerklage gegen eine nach Maßgabe des § 134 K. O. erhobene Feststellungsklage.** (R. G. 18. I. 86.) R. C. XVI (22.) 116.

6. **Die Bestimmungen der §§ 33, 251 der C. P. O. kommen gegenüber der Bestimmung des § 26** (jcts. §§ 24, 25) **des Lübeckischen Gesetzes vom 21. Mai 1870 nicht zur Anwendung.** (Einführungsgesetz zur C. P. O. § 15 Abs. 2.) (R. G. 16. V. 85.) U. u. A. II (195) 423.

7. **Die vor den Instanzgerichten unterlassene formale Beanstandung einer Widerklage kann in der Rev.-Instanz nicht mehr geltend gemacht werden.** Urtheil des obersten L. G. f. Bayern v. 19. Dez. 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 150 S. 226.

8. Nach § 254 der Reichs-Civilprozeßordnung tritt die Rechtshängigkeit eines erst im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruches mit dem Zeitpunkte ein, in welchem der Anspruch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wird, und hat dies besonders von der Wider-

Digitized by Google

klage zu gelten, welche gemäß § 33 bei dem Gerichte der Klage, also erst, nachdem durch Erhebung einer Klage eine Streitsache anhängig geworden ist, erhoben werden kann. Vor der mündlichen Verhandlung ist nicht ausgeschlossen, daß die eine Voraussetzung der Widerklage bildende Anhängigkeit einer Streitsache wieder in Wegfall kommt, und hat solches eben zur Folge, daß dann auch die Erhebung einer Widerklage nicht mehr zulässig ist. Es ist dies namentlich der Fall, wenn der Kläger in gesetzlicher Weise gemäß § 243 vor dem Beginne der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache seine Klage zurückzieht, denn der Beklagte, welcher Widerklage erheben will, hat für dieselbe nur ein Anschlußrecht, und ist daher **die Erhebung einer Widerklage, nachdem die Klage selbst zurückgenommen ist, nicht mehr zulässig. Eine gegentheilige Folge aus dem Gesichtspunkt einer Unterlassung des Rügerechts ist jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn der Widerbeklagte bei der mündlichen Verhandlung, wo er jenes Recht hätte geltend machen können, gar nicht erschienen ist.** (B. O. L. 16. II. 85.) S. XI. (17.) 46. 47.

9. **Durch die Abweisung einer Widerklage als solcher, wegen Mangels des im § 33 der R. C. P. O. angegebenen Zusammenhanges, wird dem Gläubiger des im Wege der Widerklage zu verfolgen vergeblich versuchten Anspruches nicht verschränkt, diesen Anspruch gegen seinen Schuldner im Wege der Klage in dem allgemeinen Gerichtsstande des Schuldners oder in einem sonstigen etwa nach der Natur des Anspruches gesetzlich normirten Gerichtsstande zu verfolgen.** Thatsächlich möglich ist es auch für den Gläubiger, wegen des betreffenden Anspruches eine Klage bei demselben Gerichte zu erheben, bei welchem er mit seiner Widerklage wegen Unstatthaftigkeit derselben abgewiesen war; und da ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz in Bezug auf eine bei ihm erhobene Klage (mit Ausnahme der im § 40 der R. C. P. O. hervorgehobenen Fälle) gemäß §§ 38. 39 der R. C. P. O. durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig werden kann, so kann der neue Prozeß auch bei dem von dem Gläubiger angegangenen Gerichte, in welchem er früher mit der Widerklage abgewiesen wprden war, möglicher Weise von dem Gläubiger mit Erfolg durchgeführt werden. Die neue Klage ist aber dann nicht eine in getrenntem Prozesse verhandelte Widerklage; sie ist auch nicht im Gerichtsstande der Widerklage als solchem erhoben. (R. G. 11. VI. 84.) A. X. (103.) 422.

Gebührenordnung für Rechtsanwälte.

10. **Wenn die Klage und Widerklage nicht infolge einer Anordnung gemäß § 136 der R. C. P. O. in getrennten Prozessen verhandelt, sondern über die Widerklage, nachdem über beide Ansprüche in vollem Umfang verhandelt worden, zugleich mit der Klage durch ein und dasselbe Urtheil erkannt wird** (welches den Beklagten verurtheilt und die Widerklage abweist), **so kann der Anwalt die vollen Gebühren nach § 10 der Gebühren-Ordn. für R.-Anw.** (und § 11 Abs. 1 des G. K. G.) **berechnen.** Im § 11 Abs. 1 des G. K. G. (welcher bestimmt: „Soweit Klage und Widerklage welche nicht in getrennten Prozessen verhandelt werden, denselben Streitgegenstand betreffen, sind die Gebühren nach dem einfachen

Digitized by Google

Werthe dieses Gegenstandes zu berechnen. Soweit beide Klagen nicht denselben Gegenstand betreffen, sind dieselben zusammenzurechnen") bezieht sich der vorstehend gesperrt gedruckte Relativsatz (wie aus der Gesetzesfassung und den Motiven zu dem Entwurfe des Gesetzes hervorgeht) auf eine Verhandlung in getrennten Prozessen in Folge einer gemäß § 136 der R. C. P. O. realisirten Anordnung. Aus dieser Bestimmung in Verknüpfung mit den §§ 10 und 29 der Geb.-O. für R.-Anw. folgt allerdings mittelbar, daß, wenn die durch eine Anordnung gemäß § 136 der R. C. P. O. getrennt durchgeführt werden, die Rechtsanwaltsgebühren in dem Prozesse über den Klageanspruch nach dem Werthe des Streitgegenstandes der Klage, in dem Prozesse über den Widerklageanspruch nach dem Streitgegenstand der Widerklage zu berechnen sind. Ein solcher Fall liegt aber nicht vor, wenn die Klage und die Widerklage gar nicht in Folge einer Anordnung gemäß § 136 der R. C. P. O. in getrennten Prozessen verhandelt, sondern die Widerklage, nachdem über den Widerklageanspruch im vollen Umfange zugleich mit dem Klageanspruch verhandelt worden ist, auf Grund dieser Verhandlung für diesen einen Prozeß durch ein Urtheil erledigt wird, welches den Beklagten nach dem Klageantrage verurtheilt und die Widerklage auf Grund des § 33 abweist, während es die Kosten des Rechtsstreites der unterliegenden Partei auferlegt. In einem solchen Fall hat der Rechtsanwalt, welcher die klagende und widerklagende Partei vertreten hat, in der Instanz, in welcher für diesen einen Prozeß die Klage und Widerklage durch Urtheil erledigt ist, die Mühe für die vollständige Verhandlung über die Klageforderung und den Widerklage-Anspruch aufgewendet, und können deßwegen die Gebühren für seine Mühewaltung nur nach dem Grundprinzipe des zweiten Satzes im Abs. 1 des § 11 des G. K. G. in Verknüpfung mit § 10 der Geb.-O. für R.-Anw. berechnet werden. Der § 29 letzterer Geb.-O. steht einer solchen Berechnung nicht entgegen, da die berechneten Gebühren lediglich die gesammte Thätigkeit des Anwalts für diese Instanz betreffen. Nicht entgegen steht ferner der Berechnung der vollen Sätze des § 9 der Geb. O. für R. Anw. als Prozeßgebühr und Verhandlungsgebühr nach § 13 Ziff. 1 und 2 derselben Geb. O. das Prinzip des § 20 desselben Gesetzes, da (selbst wenn man die Abweisung der Widerklage auf Grund der Gerichtsunzuständigkeitseinrede ansehen wollte) der Rechtsanwalt die durch die Gebühr zu vergütende Thätigkeit in der Widerklage nicht ausschließlich für ein Verfahren über die Einrede als eine prozeßhindernde aufgewendet hätte. (R. G. 11. VI. 84.) A. X. (103.) 423. 424.

IX. Gerichtsstand des Hauptprozesses.

§ 34. **§ 34.**

Für Klagen der Prozeßbevollmächtigten, der Beistände, der Zustellungsbevollmächtigten und der Gerichtsvollzieher wegen Gebühren und Auslagen ist das Gericht des Hauptprozesses zuständig.

§§ 72 ff., 86 ff., 160 ff., 152 ff., 674. G. V. G. § 155.

C. Wahlrecht bei mehreren Gerichtsständen.

§ 35. **§ 35.**

Unter mehreren zuständigen Gerichten hat der Kläger die Wahl.

Digitized by Google

Durch die einstweilige Verfügung wird das Wahlrecht des Arrestbeklagten unter mehreren für die Feststellungsklage zuständigen Gerichten nicht konsumirt. (R. G. 1. IV. 85.) U. u. A. II. (19.) 26.

D. Sog. außerordentliche Gerichtsstände.

Bestimmung durch das höhere Gericht.

(§§ 36 u. 37).

§ 36.

Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht;

1. wenn das an sich zuständige Gericht in einem einzelnen Falle an der Ausübung des Richteramts rechtlich oder thatsächlich verhindert ist;
2. wenn es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Gerichtsbezirke ungewiß ist, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sei;
3. wenn mehrere Personen, welche bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstande verklagt werden sollen und für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist;
4. wenn die Klage in dem dinglichen Gerichtsstande erhoben werden soll und die Sache in den Bezirken verschiedener Gerichte belegen ist;
5. wenn in einem Rechtsstreite verschiedene Gerichte sich rechtskräftig für zuständig erklärt haben;
6. wenn verschiedene Gerichte, von welchen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben.

§ 757. E. G. § 9.

S. bei § 37 die Entsch. des R. G. vom 15. November 1884.

§ 37.

Die Entscheidung über das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Eine Anfechtung des Beschlusses, welcher das zuständige Gericht bestimmt, findet nicht statt.

Die Bestimmung des zuständigen Gerichts (§§ 36, 37 der C. P. O.) ist unanfechtbar, auch wenn dabei rechtlich gefehlt ist. Bei der im § 36 der C. P. O. vorgesehenen Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht treten für das bestimmende Gericht drei Punkte besonders hervor: 1) die Feststellung der betreffenden gesetzlichen Voraussetzung für die Bestellung des zuständigen Gerichts; 2) die Feststellung des Kreises der konkurrirenden Gerichte, aus welchem zu bestimmen ist, wenn man nämlich annehmen will, daß das Gesetz (namentlich für den Fall § 36 Nr. 3) eine örtliche Begrenzung gegeben habe, obwohl es dafür an einer ausdrücklichen Vorschrift fehlt; 3) die Auswahl selbst nach Maßgabe von Zweckmäßigkeitsgründen. Geht man nun von der Sarwey'schen Ansicht aus, welche die im § 37 Abs. 2 ausgeschlossene Anfechtung zulassen will, wenn das bestimmende höhere Gericht rechtlich gefehlt hat, so würde man zu der Annahme gezwungen sein, Zweck des Gesetzes sei, nur wegen thatsächlich unzweckmäßiger Wahl auszuschließen. Nach dieser Richtung hin hätte es aber einer solchen Vorschrift überhaupt nicht bedurft, weil sie selbstverständlich, also überflüssig sein würde. Denn von der Zuweisung einer Auswahl eines bestimmten individuellen Gegenstandes kann für denjenigen nicht die Rede sein, dessen Bestimmung nach der Seite ihrer Angemessenheit der un-

Digitized by Google

beschränkten Nachprüfung eines Andern unterliegt; denn dann ist der Letztere derjenige, welcher wählt. Wenn also in § 36 gesagt wird: „Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt durch das im Instanzenzuge höhere Gericht", so ist damit zugleich gesagt, es habe kein anderes Gericht die Wahlbestimmung zu treffen. Schon aus diesem Grunde gelangt man zu dem Schluß, daß mit der Bestimmung des Abs. 2 des § 37 auch die Anfechtung wegen rechtlichen Verstoßes gegen die Voraussetzungen des § 36 hat ausgeschlossen sein sollen. Urtheil des Reichsgerichts vom 15. November 1884. Urtheile und Annalen des R. G. Bd. 1 Nr. 120 S. 197. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 240 S. 350. 351.

Dritter Titel.

Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

§ 38. **§ 38.**

Ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz wird durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig.

§ 39. **§ 39.**

Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat.

1. S. hierüber bei § 296 ad R. C. I. (158.) 439—441.

2. Unstatthaftigkeit eines erst in der Berufungsinstanz erhobenen Einwands gegen den Schiedsvertrag. Entsch. des R. G. vom 29. IX. 80.

§ 40. **§ 40.**

Die Vereinbarung hat keine rechtliche Wirkung, wenn sie nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht.

Die Vereinbarung ist unzulässig, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft, oder wenn für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.

R. O. § 64. Ger. R. G. § 26 Nr. 2. R. A. G. O. § 20.

In den Fällen, in welchen ein **ausschließlicher Gerichtsstand** begründet werden soll, ist dieses in dem Gerichtsverfassungsgesetze und in der Civilprozeßordnung ausgesprochen (vgl. § 70 G. V. G.; §§ 25. 547. 568. 594. 606. 617. 629. 707. 839 C. P. O.). (R. G. 4. V. 83.) R. C. IX. (101.) 350.

Vierter Titel.

Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen.

(§§ 41—49.)

I. Ausschließung.

§ 41. **§ 41.**

Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen:

1. in Sachen, in welchen er selbst Partei ist, oder in Ansehung welcher er zu einer Partei in dem Verhältnisse eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regreßpflichtigen steht;
2. In Sachen seiner Ehefrau, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
3. in Sachen einer Person, mit welcher er in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden, in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht;

Digitized by Google

4. in Sachen, in welchen er als Prozeßbevollmächtigter oder Beistand einer Partei bestellt oder als gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist;
5. in Sachen, in welchen er als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist;
6. in Sachen, in welchen er in einer früheren Instanz oder im schiedsrichterlichen Verfahren bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, sofern es sich nicht um die Thätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters handelt.

E. G. z. C. P. O. § 14 Nr. 1.

Ziff. 1. **1. Ein Richter kann im Prozesse eines Vereines, dessen Mitglied er ist, das Richteramt ausüben.** Nach § 41 Ziff. 1 ist ein Richter von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen in Sachen, in welchen er selbst Partei ist, oder in Ansehung deren er zu einer Partei im Verhältnisse eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regreßpflichtigen steht. Nach den Motiven des Gesetzentwurfes (S. 68—71) ist **eine Mitbetheiligung des Richters am Rechtsstreite im engeren Sinne vorausgesetzt**; die Mitbetheiligung muß eine unmittelbare, d. h. derart sein, daß der Richter für seine Person in die Lage kommen kann, sei es als mitberechtigt in der Sache zu klagen, sei es als mitverpflichtet (Mitschuldner, Bürge) bezw. regreßpflichtig beklagt zu werden. **Das bloße Interesse am Ausgange des Prozesses, mag es auch ein erhebliches sein, reicht nicht hin;** es kann nur Anlaß zur Ablehnung nach § 44 C. P. O. geben. R. C. VII. (92.) 311 f.

2. **Richter können als Aktionäre einer Aktiengesellschaft bei Prozessen dieser Gesellschaft als mitbetheiligt nicht gelten.** (R. G. 28. IV. 82.) R. C. VII. (92.) 312.

II. Ablehnung (§§ 42 u. 43).

§ 42. § 42.

Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in welchen er von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt werden.

Wegen Besorgniß der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, welcher geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.

Das Ablehnungsrecht steht in jedem Falle beiden Parteien zu.

§ 858.

Keine Ablehnung des Richters wegen Befangenheit, weil er an dem Erlaß eines dieselbe Rechtsfrage behandelnden Erkenntnisses in einem anderen Prozeß theilgenommen hat. Beschluß des Reichsgerichts vom 17. November 1880. Fenner und Mecke Archiv Bd. 2 S. 13. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 299 S. 467. 468.

§ 43. § 43.

Eine Partei kann einen Richter wegen Besorgniß der Befangenheit nicht mehr ablehnen, wenn sie bei demselben, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, in eine Verhandlung sich eingelassen oder Anträge gestellt hat.

§ 44. § 44.

Das Ablehnungsgesuch ist bei dem Gerichte, welchem der Richter angehört, anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; der Eid ist als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen. Zur Glaubhaftmachung kann auf das Zeugniß des abgelehnten Richters Bezug genommen werden.

§ 266.

Digitized by Google

Der abgelehnte Richter hat sich über den Ablehnungsgrund dienstlich zu äußern.

Wird ein Richter, bei welchem die Partei in eine Verhandlung sich eingelassen oder Anträge gestellt hat, wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt, so ist glaubhaft zu machen, daß der Ablehnungsgrund erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sei.

§ 45. **§ 45.**

Ueber das Ablehnungsgesuch entscheidet das Gericht, welchem der Abgelehnte angehört; wenn dasselbe durch Ausscheiden des abgelehnten Mitgliedes beschlußunfähig wird, das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht.

Wird ein Amtsrichter abgelehnt, so entscheidet das Landgericht. Einer Entscheidung bedarf es nicht, wenn der Amtsrichter das Ablehnungsgesuch für begründet hält.

G. V. G. §§ 79, 109, 124, 140.

Wenngleich das Ablehnungsverfahren nicht das den Gegenstand des Rechtsstreites bildende Rechtsverhältniß zwischen den Parteien, sondern die Befähigung des abgelehnten Richters zur Ausübung des Richteramtes in diesem Rechtsstreite betrifft, so steht dasselbe doch in dem engsten Zusammenhange mit dem anhängigen Rechtsstreite, dessen Entscheidung erst erfolgen kann, nachdem die Vorfrage entschieden ist, ob der abgelehnte Richter bei der Entscheidung mitzuwirken hat. Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch ist eine in diesem Rechtsstreite ergehende prozessuale Verfügung, gegen welche unter Umständen das prozessuale Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet (§ 46 C. P. O.) und welche bei Beschlußunfähigkeit des zunächst zur Entscheidung berufenen Gerichtes von dem im Instanzenzuge höheren Gerichte zu treffen ist. **Es kann** daher **unter dem „Gerichte, welchem der Abgelehnte angehört"**, bei welchem das Ablehnungsgesuch nach §§ 44 anzubringen ist und welches darüber nach § 45 zu entscheiden hat, **nur das Prozeßgericht, bei welchem der Rechtsstreit anhängig ist oder anhängig zu machen ist, und, wenn dieses Gericht in mehrere Abtheilungen (Kammern, Senate) zerfällt, nur diejenige Abtheilung desselben verstanden werden, bei welcher der Rechtsstreit anhängig ist oder gemäß der auf Grund des Gerichtsverfassungsgesetzes bestehenden Geschäftsvertheilung anhängig zu machen ist. Es kommt daher auch bei der Frage, ob das Gericht durch das Ausscheiden des abgelehnten Richters beschlußunfähig wird, nur diese Abtheilung des Gerichts in Betracht.** (R. G. 19. VI. 86.) R. C. XVI. (102.) 414.

§ 46. **§ 46.**

Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Gegen den Beschluß, durch welchen das Gesuch für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel, gegen den Beschluß, durch welchen das Gesuch für unbegründet erklärt wird, findet sofortige Beschwerde statt.

§§ 530. 540.

§ 47. **§ 47.**

Ein abgelehnter Richter hat vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs nur solche Handlungen vorzunehmen, welche keinen Aufschub gestatten.

§ 48. **§ 48.**

Das für die Erledigung eines Ablehnungsgesuchs zuständige Gericht hat auch dann zu entscheiden, wenn ein solches Gesuch nicht angebracht ist, ein Richter aber von einem Verhältnisse Anzeige macht, welches seine Ablehnung rechtfertigen könnte, oder wenn aus anderer Veranlassung Zweifel darüber entstehen, ob ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen sei.

Die Entscheidung erfolgt ohne vorgängiges Gehör der Parteien.

Digitized by Google

§ 49.

Die Bestimmungen dieses Titels finden auf den Gerichtsschreiber entsprechende Anwendung; die Entscheidung erfolgt durch das Gericht, bei welchem der Gerichtsschreiber angestellt ist.

Gerichtsvollzieher: §§ 152 ff., 674 ff., G. V. G. § 156.

Zweiter Abschnitt.

Parteien.

Erster Titel.

Prozeßfähigkeit.

(§§ 50—55.)

§ 50.

§ 50.

Die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, die Vertretung nicht prozeßfähiger Parteien durch andere Personen (gesetzliche Vertreter) und die Nothwendigkeit einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten.

1. Unter **Parteifähigkeit** ist die Fähigkeit zu verstehen, Rechte und Pflichten zu haben, in einem Rechtsstreite zu klagen oder verklagt zu werden. Sie entspricht der Rechtssubjektivität, ist ein nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilender Zustand und muß von der **Prozeßfähigkeit** wohl unterschieden werden. Die C. P. O. berührt, abgesehen von den Vorschriften der §§ 19 und 157 Abs. 2, die Parteifähigkeit nicht, enthält jedoch eingehende Bestimmungen über die Prozeßfähigkeit (§ 50 f.). Hierunter wird die Fähigkeit begriffen, vor Gericht zu stehen, nämlich einen Prozeß selbst zu führen oder durch einen Bevollmächtigten führen zu lassen (Motive zu § 50 S. 73). Diese Fähigkeit aber ist bloß bei dem vorhanden, welcher sich durch Verträge verpflichten kann (§ 51 der C. P. O.); sie setzt also die Parteifähigkeit voraus. Parteifähigkeit besitzt jede prozeßfähige Person; dagegen ist nicht jede parteifähige Person auch prozeßfähig. (Vergl. hierzu Wach, Vorträge über die C. P. O. S. 59 ff.; Fitting, Der Reichscivilprozeß, § 21 S. 60 f., IV. Aufl.; Seuffert, Die C. P. O., S. 60, 2. Aufl.; Petersen, Die C. P. O., S. 84, 2. Aufl.; von Wilmowsky u. Levy, Die C. P. O., S. 74, 3. Aufl.; Barazetti, Zur Lehre von der Prozeßfähigkeit, Heidelberg 1885, S. 3 und 5.) (R. G. 4. III. 85.) U. u. A. I. (281.) 459.

2. Die **Parteifähigkeit** ist die aus der Rechtssubjektivität fließende Fähigkeit, Rechte und rechtliche Verpflichtungen zu haben, aktiv und passiv Subjekt des Prozesses zu sein. Dieselbe bestimmt sich, wie in dem norddeutschen Entwurfe § 79 ausdrücklich hervorgehoben war, nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, und **steht** danach — ohne Rücksicht auf Handlungsfähigkeit — **allen physischen und juristischen Personen zu.** Der Mangel der Parteifähigkeit wird namentlich solchen Personenmehrheiten und Vermögensmassen gegenüber zur Sprache kommen, bei denen es streitig ist, ob ihnen die Rechte einer juristischen Person zustehen, oder ob sie derselben wenigstens in Beziehung auf die Prozeßführung gleichgestellt sind. (Vgl. Seuffert, 2. Aufl. zu § 50 C. P. O.; Petersen, 2. Aufl. ebenfalls zu § 50

Digitized by Google

a. O.; Wilmowsky und Levy, 3. Aufl. S. 73. 74; Wach, Vorträge S. 59. 60.) Für Personenvereine und Vermögensmassen, welche klagen und verklagt werden können, bestimmt § 19 C. P. O. den allgemeinen Gerichtsstand. Unter **Prozeßfähigkeit** versteht dagegen die C. P. O. — Motive S. 73 — die Fähigkeit, vor Gericht zu stehen, d. h. die Fähigkeit, einen Prozeß als Partei selbst zu führen oder durch einen Prozeßbevollmächtigten führen zu lassen — legitimam personam standi in judicio. **Die Prozeßfähigkeit kommt nicht allen Rechtssubjekten als solchen zu, sie ist vielmehr ein Ausfluß der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit.** Deßhalb bestimmt § 50 C. P. O., daß jeder insoweit prozeßfähig ist, als er sich durch Verträge verpflichten kann. Die nicht prozeßfähigen Parteien — vgl. Motive S. 77 —, wozu namentlich alle juristischen Personen und die Personenvereine und Vermögensmassen, welche als solche klagen und verklagt werden können, gehören, werden im Prozesse nach Maßgabe der Vorschriften des bürgerlichen Rechtes durch gesetzliche Vertreter repräsentirt, denen auch die Zustellungen für dieselben zu machen sind (§§ 50. 157 C. P. O.). Sonach ist **die Einrede der mangelnden Parteifähigkeit nicht als eine prozeßhindernde Einrede im Sinne der §§ 247 Nr. 6 und 248 der R. C. P. O. anzusehen.** (R. G. 20. VI. 84.) R. C. XII. (118.) 399. 400.

3. **Die §§ 50 und 51 beruhen auf dem Prinzipe, daß ohne Unterschied zwischen In- und Ausländern sowohl betreffs physischer als auch juristischer Personen lediglich das bürgerliche Recht, welchem die Person unterworfen ist, darüber entscheide, ob die Person fähig sei, vor Gericht zu stehen, sowie darüber, wer gesetzlich eine unfähige Person zu vertreten habe; und daß eine Person insoweit prozeßfähig sei, als sie sich durch Verträge verpflichten kann.** (R. G. 14. IV. 82.) R. C. VI. (34.) 138. 139. A. V. (125.) 475.

4. Auch die ausländische juristische Person ist im Inlande zur Rechtsverfolgung zuzulassen, sofern sie nach dem für ihren status maßgebenden ausländischen Recht handlungs- und dispositionsfähig ist. Entsch. des R. G. v. 14/4. 82. Italien (R. C. Bl. 1873 S. 280), Belgien (ibid. 1874 S. 380), England (1874 S. 143), Oesterreich-Ungarn (Handelsvertrag v. 23/5. 81 Art. 19 R. G. Bl. S. 129).

5. **Die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person richtet sich regelmäßig nach den Gesetzen des Wohnsitzes. Diese Fähigkeit kann aber, was Ehefrauen betrifft, auch durch die ehelichen Güterrechte modifizirt werden** und insoweit dies der Fall, muß vermöge der dem Güterrechte der Eheleute innewohnenden Bedeutung, ungeachtet eines etwaigen Domizilwechsels, dasjenige Statut in Anwendung gebracht werden, nach welchem das betreffende güterrechtliche Verhältniß sich ursprünglich gestaltet hat. (R. G. 7. III. 82.) R. C. VI. (123.) 396.

6. Nicht schon um deßwillen, weil Jemand unter Vormundschaft steht, mangelt ihm die Fähigkeit, über sein Vermögen zu verfügen und im Prozesse selbständig vor Gericht aufzutreten. Die Beschränkung der Handlungsfähigkeit ist nicht Wirkung und Folge der Anordnung einer Vormundschaft, sondern umgekehrt gibt der Mangel oder die Beschränkung der Handlungsfähigkeit einen der Gründe ab, aus welchen

Digitized by Google

die Anordnung einer Vormundschaft nöthig wird. Wie die Handlungsunfähigkeit vorhanden sein kann, obgleich noch keine Vormundschaft angeordnet ist, so kann auch eine Vormundschaft bestehen, welche eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit nicht nach sich zieht, und es ist insbesondere **in der Zulassung einer freiwilligen Stellung unter Vormundschaft eine gerichtsseitige Beschränkung der Handlungsfähigkeit nicht zu finden.** Wenn einige Schriftsteller die Zulässigkeit einer Vormundschaft in dem letztgedachten Falle unter Berufung entweder auf das römische Recht (vgl. Puchta, Pandekten § 333 Note 1) oder auf das deutsche Gewohnheitsrecht (vgl. Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht Bd. 3 § 155 Note 28) annehmen, so ist hiermit keineswegs gesagt, daß durch Zulassung derselben die Handlungsfähigkeit und insbesondere die Prozeßfähigkeit der sich unter Vormundschaft stellenden Person eine Verminderung erleide. Im Gegentheil bemerkt der von Sintenis a. a. O. in Bezug genommene Pandektenkommentar von Glück Bd. 33 S. 194 mit Recht, daß eine derartige Kuratel bloß eine Beihilfe ist und den Kuranten, soweit er derselben nicht bedarf, nicht beschränkt. **Der Verzicht auf Handlungs- und insbesondere Prozeßfähigkeit hat nach gemeinem Rechte keine rechtliche Wirkung.** Mit der Befugniß einer Privatperson, über ihr Vermögen zu verfügen und in den darauf bezüglichen Prozessen vor Gericht aufzutreten, ist die Verpflichtung verbunden, die rechtlichen Folgen ihrer Handlungen zu tragen, insbesondere die eingegangenen Verbindlichkeiten zu erfüllen, und Anderen, welche daraus Rechte herleiten, im Prozesse zu Rechte zu stehen. Dieser in der bestehenden Rechtsordnung begründeten Verbindlichkeit kann sich Niemand durch Privatwillkür entziehen, insbesondere nicht in der Weise, daß er den Anderen bezüglich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten und der Führung deßhalbiger Prozesse auf einen freiwillig gewählten Vormund verweist. So wenig eine einseitige Erklärung dieses Inhaltes wirksam ist, ebensowenig hat die vertragsweise übernommene Verpflichtung, nicht ohne den gewählten Vormund zu handeln, gegenüber dritten zu den vertragsschließenden nicht gehörigen Personen irgend welche Wirksamkeit. Die an sich unwirksame Selbstbeschränkung der Handlungsfähigkeit erlangt auch nicht dadurch Wirksamkeit, daß sie vor Gericht erklärt und vom Gericht durch Inpflichtnahme des gewählten Vormundes und öffentliche Bekanntmachung der freiwilligen Vormundschaft genehmigt worden ist. (Vgl. v. Arnold, das gerichtliche Verfahren gegen Geisteskranke und Verschwender, 1861 S. 36; Emminghaus, Pandekten des gemeinen sächsischen Rechts, Nr. 24 S. 106; Windscheid, Pandekten Bd. 1 § 71 Note 9b; Seuffert, Archiv Bd. 15 Nr. 136; Bd. 13 Nr. 9; Bd. 18 Nr. 125.) (R. G. 16. III. 81.) R. C. IV. (47.) 162—166.

7. **Prozeßfähigkeit von Privatvereinen, welchen vom Staate nicht besonders Korporationsrechte beigelegt sind.** Auf die gemeinrechtliche Streitfrage, ob Privatvereine nur nach besonderer staatlicher Ertheilung der Korporationsrechte als juristische Personen zu gelten haben, braucht dabei nicht eingegangen zu werden. Denn es hat für das heutige Recht jedenfalls die ganz vorherrschende und völlig zu billigende Meinung kein Bedenken dagegen, ohne Rücksicht auf die erwähnte Streitfrage auch reine Privatvereine, ohne daß die Personen der einzelnen Mitglieder in Betracht

Digitized by Google

gezogen würden, als Prozeßparteien zuzulassen. (Seuffert, Archiv Bd. 6 Nr. 2; Bd. 23 Nr. 206; Bd. 25 Nr. 199; Bd. 33 Nr. 103, Entsch. des R. O. H. G.'s Bd. 4 S. 202 und S. 211 ff.; Hinrichs; in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 20 S. 347 Anm. 8 und S. 423 Anm. 92; Bolze, Juristische Person, S. 191; vgl. auch die Anführungen bei Stobbe, Deutsches Privatrecht, Bd. 1 S. 414 Anm. 6. Vor allem aber ist in der hamburgischen Praxis die Zulassung durchaus üblich. Baumeister, Hamb. Privatrecht, Bd. 1 S. 61.) (R. G. 30. IV. 81.) R. C. IV. (45.) 156.

8. **Nach Mainzer Landrecht ist auf Ableben des Ehemanns, wenn er seinen minderjährigen Kindern keinen Vormund gesetzt hat, die Wittwe zur ausschließlichen Vertretung derselben befugt.** (B. O. L. 3. X. 81.) S. IX. (87.) 289 f. (Vgl. noch Bd. VII S. 33 dieser Sammlung.)

9. **Statthaftigkeit einer Klagestellung und Prozeßführung seitens einer Ehefrau mit Zustimmung ihres Mannes nach Erbacher Recht.** (B. O. L. 17. X. 81.) S. IX. (92.) 300. 301.

10. **Das Deutsche Reich hat vermögensrechtlich die Natur und Stellung einer juristischen Person und bedarf im Prozesse der Vertretung. Die Vertretung im Prozesse ist ein Bestandtheil der allgemeinen Vertretungsbefugniß Dritten gegenüber, und letztere, soweit sie nicht vom Kaiser persönlich ausgeübt wird, steht den mit der Verwaltung der Reichsangelegenheiten betrauten obersten Reichsbehörden, d. i. dem Reichskanzler, bezw. dem Reichskanzleramt und den innerhalb desselben bestehenden Reichsämtern, zu; denn die Vertretungsbefugniß ist ein Attribut der obersten Leitung des Staatswesens.** Andere als jene Centralbehörden haben zwar innerhalb ihres Ressorts bei der Verwaltung der Reichsangelegenheiten mitzuwirken; ihr Geschäftskreis ermächtigt sie aber nur, die erforderlichen Maßregeln zur Ausführung der für ihren Verwaltungszweig gegebenen Gesetze und Instruktionen zu treffen, und innerhalb der hierzu gehörigen Geschäfte liegt die Vertretung des Reiches Dritten gegenüber nicht. Zur Uebertragung der Vertretungsbefugniß bedarf es einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung, wie solche z. B. im § 13 des Postgesetzes vom 28. Oktober 1871 und §§ 151—153 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 enthalten ist. Eine Vertretung des Reiches durch andere als seine eigenen Behörden ist an sich etwas Abnormes und bedarf um so mehr einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung. Ein Gesetz, welches die Vertretung des Reichsfiskus den Behörden der Bundesstaaten überträgt, existirt aber nicht. **Es kann also der Reichsfiskus in einem Prozesse, welcher gegen ihn wegen Zurückzahlung eingezogener Reichsstempelabgaben erhoben ist, nicht durch eine preußische Behörde vertreten werden.** (R. G. 2. II. 84. in R. C. XI. (17.) 65 ff.) Daraus, daß das Deutsche Reich keine eigenen Behörden zur Einziehung der nach dem Gesetze vom 1. Juli 1881 zu erhebenden Stempelabgaben hat, und die betreffenden Verrichtungen den Beamten der einzelnen Bundesstaaten auferlegt sind, läßt sich nicht der Schluß ziehen, daß die etwa erforderliche Vertretung des Reiches ebenfalls auf die Landesbeamten übergegangen ist; es folgt daraus nur, daß die Landesbeamten ihre Thätigkeit behufs Einziehung der Reichsstempel nach Vorschrift der Gesetze einzusetzen haben, und zu dieser rein administrativen Dienstleistung gehört nicht die Vertretung des Reiches als juristischer

Digitized by Google

Person in Prozessen gegenüber Dritten. Die Vorschrift des § 27 des Gesetzes vom 1. Juli 1881 benennt die mit der Beaufsichtigung des Stempelwesens beauftragten Landesbehörden und Beamten, und legt ihnen gleiche Verpflichtungen und Befugnisse bei, wie sie ihnen bezüglich der Landesstempel obliegen und zustehen. Wenn hier von den mit der Beaufsichtigung des Stempelwesens beauftragten Behörden und Beamten die Rede ist, so sind unter ihren Verpflichtungen und Befugnissen auch nur diejenigen gemeint, welche mit der Beaufsichtigung des Stempelwesens zusammenhängen und ein Ausfluß der Aufsichtspflicht bezw. des Aufsichtsrechtes sind, und diese Pflicht bezw. das Recht beziehen sich nur auf die Beobachtung und Ausführung der Gesetze rücksichtlich der Erhebung und bei Hinterziehung der Reichsstempelabgaben, enthalten nicht auch die Vertretungsbefugniß bezüglich der erhobenen Stempel und der etwaigen Erstattungsansprüche gegenüber Dritten, und legitimiren nicht zur Vertretung im Prozesse. Wenn nun die preußischen Provinzialsteuerdirektoren nicht nur mit der Beaufsichtigung des Stempelwesens in ihren Bezirken beauftragt, sondern ihnen außerdem durch die ausdrückliche Bestimmung im § 12 des Gesetzes vom 24. Mai 1861 die Vertretung des preußischen Fiskus in Prozessen zugewiesen ist, so kann diese außerhalb und neben ihrer Eigenschaft als Aufsichtsbehörde für das Stempelwesen in einem begrenzten Bezirke bestehende Zuständigkeit nicht unter die im § 27 a. a. O. gemeinten Verpflichtungen und Befugnisse subsumirt werden, und überdies läßt sich die Vertretung des Reichsfiskus nicht als eine „gleiche Befugniß" mit der Vertretung des Landesfiskus ansehen. (R. G. 9. IV. 84.) R. C. XI. (19.) 94—96.

11. **Der Reichsfiskus bei Ansprüchen aus dem Gesetze vom 13. Febr. 1875, betr. die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden, ist durch die Intendantur des betreffenden Armeekorps gültig vertreten.** (R. G. 16. XII. 85.) R. C. XV. (11.) 37 ff.

12. **Die verschiedenen fiskalischen Stationen sind in keiner Weise als besondere Personen aufzufassen; sie sind eben nur Vertreter des Fiskus für die ihnen zugewiesenen Angelegenheiten.** Sie stehen insofern in keinem anderen Verhältniß zum Fiskus und untereinander, wie die Vertreter einer jeden anderen Person. (R. G. 4. X. 80.) R. C. II. (108.) 392—394.

§ 51.

§ 51.

Eine Person ist insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann.

Die Prozeßfähigkeit einer großjährigen Person wird dadurch, daß sie unter väterlicher Gewalt steht, die Prozeßfähigkeit einer Frau dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht beschränkt.

Die Vorschriften über die Geschlechtsvormundschaft finden auf die Prozeßführung keine Anwendung.

1. **Die Prozeßfähigkeit (pers. standi in judicio) ist von der Parteifähigkeit (legitimatio ad causam) durchaus verschieden.** Erstere besitzt — wie die R. C. P. O. in § 51 ausdrücklich anerkennt — jede Person, die sich durch Verträge verpflichten kann, also auch jede mit korporativen Rechten versehene Gemeinde. (R. G. 15. V. 82.) A. VI. (22.) 130.

2. Die Stelle der Motive, wo unter lit. c. **juristische Personen und Personenvereine** unter den nicht prozeßfähigen Personen aufgezählt sind,

Digitized by Google

hat nach dem Zusammenhange der Motive und des Gesetzes nur den Sinn, daß, weil natürliche Gewalt, Eigenschaft einer Ehefrau und Geschlechtsvormundschaft im Geiste der Prozeßordnung niemals Prozeßunfähigkeit begründen, was auch hierwegen im bürgerlichen Rechte bestimmt sein mag, nur die unter a—c aufgeführten Fälle übrig bleiben, in welchen überhaupt noch von Prozeßunfähigkeit die Rede sein kann. Ob in einem dieser Fälle Jemand prozeßfähig und wer der gesetzliche Vertreter eines Unfähigen sei, bestimmt das bürgerliche Recht; in den Fällen unter a (willenlose Kinder ꝛc.) wird dieses in der Regel nur betreffs der gesetzlichen Vertretung in Frage kommen, in den Fällen unter b (Bevormundete ꝛc.) ist es vorzugsweise für die Beschränkung der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit willensfähiger Personen entscheidend, in den Fällen unter c (juristische Personen ꝛc.) ist nach demselben zu prüfen, sowohl, ob eine juristische Person, ein Personenverein, eine Vermögenskasse als rechts- und parteifähiges Subjekt *bestehe*, als auch, wer der gesetzliche Vertreter sei. Die Richtigkeit dieser Auslegung ergibt sich aus Folgendem. Nach § 50 sind die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes maßgebend nicht nur betreffs der Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, sondern auch für die Vertretung einer nicht prozeßfähigen Partei durch andere Personen. Schon hieraus folgt, daß z. B. das bürgerliche Recht auf Aktiengesellschaften mindestens insoweit anwendbar ist, als sich danach — ihre rechtliche Existenz vorausgesetzt — entscheidet, wer ihr gesetzlicher Vertreter sei. Die Motive fügen auch am Schlusse bei: „Aus dem bürgerlichen Rechte ist nach § 50 endlich noch zu entscheiden, ob zu einem Prozesse eine nicht prozeßfähige Partei — z. B. nach preußischem Rechte die Kirchengemeinde — oder der gesetzliche Vertreter einer Partei einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung bedarf". Der Zusammenhalt der §§ 50. 51 mit den Motiven ergibt aber noch weiter, daß die Prozeßordnung nicht bloß die Prozeßfähigkeit in dem Sinne, wer einen Prozeß selbst in eigener Person zu führen fähig sei, sondern auch die Frage regelt, wer die durch den Prozeß entstehende Obligation nach dem Axiom „judicio contrahitur" eingehen könne, sei es, daß er selbst oder durch einen Vertreter den Prozeß führe. Die Motive erklären ausdrücklich die Prozeßfähigkeit für einen Ausfluß der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit und fahren fort: „wer handlungs- und dispositionsfähig sei, bestimmt das bürgerliche Recht; die Vorschriften desselben ergeben *daher*, wer als prozeßfähig betrachtet werden muß". Diesen Gedanken spricht sodann der dem Art. 1 W. O. nachgebildete Abs. 1 des § 51 dahin aus, daß eine Person insoweit prozeßfähig sei, als sie sich durch Verträge verpflichten kann. (R. G. 14. IV. 82.) R. C. VI. (34.) 139. 140. A. V. (125.) 475. 476.

3. **Auch für juristische Personen gilt das durchgreifende Prinzip, daß die ausländische Person zur Rechtsverfolgung im Inlande zuzulassen sei, sofern sie nach dem für ihren Status maßgebenden ausländischen Rechte handlungs- und dispositionsfähig ist.** (R. G. 14. IV. 82.) R. C. VI. (34.) 140—142. A. V. (125.) 476. 477.

4. **Nach § 51 C. P. O. ist die Ehefrau auch ohne Mitwirkung des Ehemannes prozeßfähig.** (R. G. 12. X. 86.) R. C. XVI. (68.) 287.

5. **Durch § 51 der C. P. O. ist nur die Prozeßfähigkeit der Ehe-**

Digitized by Google

frauen anerkannt. Soweit die Landesgesetzgebung dagegen ihre Vertragsfähigkeit beschränkt, ist der bisherige Rechtszustand durch § 51 der C. P. O. nicht geändert. (R. G. 10. VI. 85.) U. u. A. III. (13.) 31 ff.

6. **Eine Ehefrau, welcher durch das eheliche Güterrecht die Verwaltung ihres Vermögens entzogen ist, kann während der Ehe Klage anstellen auf Feststellung der Nichtigkeit einer von ihrem Ehemanne über ihr Vermögen in Ueberschreitung seiner Befugnisse vorgenommenen Verfügung.** Die Berechtigung zur Anstellung der durch den § 231 für zulässig erachteten Klage kann einer prozeßfähigen Person, soweit ihre materiellrechtlichen Befugnisse reichen, durch das Landesrecht nicht entzogen werden. (R. G. 15. III. 81.) R. C. IV. (103.) 374. 375.

7. **Der Vater eines großjährigen, wenn schon noch in väterlicher Gewalt stehenden Sohnes ist nicht dessen gesetzlicher Vertreter.** Die väterliche Gewalt kommt bei Großjährigen, dem in § 51 der C. P. O. aufgestellten Grundsatze entsprechend, überhaupt nicht in Betracht. (R. G. 23. IV. 80.) R. A. I. 651.

8. **Der nach § 334 St. P. O. für das mit Beschlag belegte Vermögen des abwesenden Beschuldigten bestellte Güterpfleger ist befugt, den Abwesenden in Rechtsstreiten zu vertreten, und ist der Abwesende nicht mitzuladen.** (R. G. 23. V. 84.) R. C. XI. (37.) 188—190. A. X. (125.) 505—508. S. hierüber Fuchsberger, Strafprozeßordnung § 334 eodem.

9. **Der Flüchtige, dessen Vermögen beschlagnahmt wird** (§ 332 der St. P. O.), **verliert mit der Prozeßfähigkeit auch die Eidesfähigkeit.** (R. G. 22. IX. 84.) U. u. A. I. (69.) 119.

§ 52.

Einzelne Prozeßhandlungen, zu welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine besondere Ermächtigung erforderlich ist, sind ohne dieselbe gültig, wenn die Ermächtigung zur Prozeßführung im Allgemeinen ertheilt oder die Prozeßführung auch ohne eine solche Ermächtigung im Allgemeinen statthaft ist.

§ 79.

§ 53.

Ein Ausländer, welchem nach dem Rechte seines Landes die Prozeßfähigkeit mangelt, gilt als prozeßfähig, wenn ihm nach dem Rechte des Prozeßgerichts die Prozeßfähigkeit zusteht.

Wechs. O. Art. 84.

§ 54.

Das Gericht hat den Mangel der Prozeßfähigkeit, der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters und der erforderlichen Ermächtigung zur Prozeßführung von Amtswegen zu berücksichtigen.

Die Partei oder deren gesetzlicher Vertreter kann zur Prozeßführung mit Vorbehalt der Beseitigung des Mangels zugelassen werden, wenn mit dem Verzuge Gefahr für die Partei verbunden ist. Das Endurtheil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beseitigung des Mangels zu bestimmende Frist abgelaufen ist.

§§ 85, 247.

Abs. 1. 1. Nach § 54 C. P. O. hat das Gericht den **Mangel der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters von Amts wegen zu berücksichtigen und greift diese Vorschrift auch in der Revisionsinstanz Platz.** (R. G. 9. IV. 84.) R. C. XI. (19.) 94.

2. Aus der Bestimmung, daß der Mangel der Prozeßfähigkeit von Amtswegen zu berücksichtigen ist, ergibt sich für das Gericht die Berechtigung bezw. die Verpflichtung, in jeder Lage des Rechtsstreites das

Digitized by Google

Vorhandensein der Prozeßfähigkeit der Parteien, als einer wesentlichen Prozeßvoraussetzung zu prüfen und erforderlichen Falls durch Beweiserhebung festzustellen, auf die in dieser Beziehung obwaltenden Bedenken aufmerksam zu machen (§ 130 Abs. 2 C. P. O.) und bis zur Hebung dieser Bedenken den Antrag auf Erlassung eines Versäumnißurtheils nach Maßgabe des § 300 Nr. 1 C. P. O. zurückzuweisen. Auch kann das Gericht, sofern die Beseitigung des Mangels der Prozeßfähigkeit noch ausführbar erscheint, unter Umständen für diese Beseitigung eine Frist bestimmen (§ 56 Abs. 2 a. a. O.) oder die Verhandlung vertagen (§§ 206. 300. 302 a. a. O.) **Dagegen gewährt die Civilprozeßordnung dem Gerichte nicht die Befugniß, wegen Mangels der Prozeßfähigkeit einer Partei, abgesehen von dem Falle der §§ 219. 223 a. a. O., das Verfahren auszusetzen, und am allerwenigsten kann die Aussetzung da statthaft erscheinen, wo das Gericht in höherer Instanz zu der Annahme gelangt, daß dem Beklagten schon zur Zeit der Klagerhebung die Prozeßfähigkeit gemangelt hat.** Ist auch die Möglichkeit einer Heilung dieses Mangels durch nachträgliche Genehmigung der Prozeßführung von Seiten der Partei nicht ausgeschlossen (§§ 513 Nr. 5. 542 Nr. 4. 549 Abs. 3, vgl. auch § 85 C. P. O.), so läßt sich doch daraus nicht der Schluß ziehen, daß auf diese bloße Möglichkeit hin ohne oder gar wider den Willen der Parteien der Fortgang des Verfahrens auf unbestimmte Zeit gehemmt werden dürfe. Welche rechtliche Folgen sich ergeben, wenn der Kläger die Klage von vorn herein gegen eine prozeßunfähige und mit einem gesetzlichen Vertreter nicht versehene Person gerichtet hat, ohne vorher die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters oder gemäß § 55 C. P. O. eines besonderen Prozeßvertreters herbeigeführt zu haben, kann, namentlich im Berufungs-Stadium, nur durch Urtheil entschieden werden. (Vgl. Gaupp, Civilprozeßordnung S. 183. 186; Seuffert, Civilprozeßordnung S. 65; Endemann, Civilprozeßord. Bd. 1 S. 319. 320; Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes Bd. 1 S. 218. 236—238. Vgl. auch Hellmann, Lehrbuch S. 249. 623; Barazetti, Zur Lehre von der Prozeßfähigkeit; Bolgiano in Busch, Zeitschr. Bd. 5 S. 184 ff.; Schwalbach im civil. Archiv Bd. 63 S. 502 ff.; Just im civil. Archiv Bd. 68 S. 316 ff. 326.) (R. G. 25. IV. 87.) R. C. XVIII. (84.) 384. 385.

3. **An sich streitet die Vermuthung für und nicht gegen die Prozeßfähigkeit einer Person. Soll sich der Richter veranlaßt sehen, von Amtswegen die Prozeßfähigkeit einer Person zu beanstanden, so muß er hierfür zureichende Anhaltspunkte haben, welche, wenn auch nicht den Beweis, doch die Vermuthung begründen, daß es in irgend welcher Richtung an dieser Prozeßfähigkeit fehle.** Beschluß des O. L. G. zu Darmstadt vom 6. Juli 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 61 S. 92.

4. **Der Gemeinschuldner als solcher ist nicht prozeßunfähig.** Weder ist ein Kridar als solcher handlungsunfähig, noch ist der Konkursverwalter sein gesetzlicher Vertreter; vielmehr ist nur die Disposition über die Aktivmasse des Konkurses jenem entzogen und diesem übertragen. (Vgl. Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. 2 (3. Aufl.) § 113 S. 272 ff.; Mandry, Civilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze (2. Aufl.) S. 120 und 128 und die angeführte Entscheidung des R. G.'s in Civils. Bd. 6 S. 407 (wo freilich im weiteren Verlaufe ungenau doch von „Prozeß-

Digitized by Google

fähigkeit" die Rede ist), s. auch R. G. 21. I. 85 in R. C. XIV. (116.) 415.) — (R. G. 11. XII. 84.) R. C. XIV. (115.) 408. 409.

Abs. 2. 5. Die gesetzliche Folge der Versäumung einer nach Maßgabe von § 54 Abs. 2 C. P. O. bestimmten Frist besteht nicht in der Ausschließung mit der betreffenden Legitimation. In Wirklichkeit hat eine solche Frist nur die Bedeutung, daß demjenigen, dem die Beschaffung der Legitimation auferlegt ist, kein Recht darauf zusteht, daß nach Ablauf der Frist noch länger abgewartet werde, ob er die Legitimation werde beschaffen können oder nicht. (R. G. 30. IV. 84.) R. C. XIV. (122.) 433. A. X. (63.) 262.

§ 55.

Soll eine nicht prozeßfähige Partei verklagt werden, welche ohne gesetzlichen Vertreter ist, so hat der Vorsitzende des Prozeßgerichts derselben, falls mit dem Verzuge Gefahr verbunden ist, auf Antrag bis zu dem Eintritte des gesetzlichen Vertreters einen besonderen Vertreter zu bestellen.

§ 455.

Der Vorsitzende kann einen solchen Vertreter auch bestellen, wenn in den Fällen des § 21 eine nicht prozeßfähige Person bei dem Gericht ihres Aufenthaltsorts oder Garnisonorts verklagt werden soll.

Zweiter Titel.

Streitgenossenschaft.

(§§ 56—60.)

§ 56.

§ 56.

Mehrere Personen können als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn sie in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen, oder wenn sie aus demselben thatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt oder verpflichtet sind.

1. **Die Streitgenossen der früheren Instanz sind nicht als solche auch Streitgenossen der Berufungs- und Revisionsinstanz.** (R. G. 31. I. 83.) R. C. X. (102.) 343.

2. **Für einen Rechtsstreit zwischen getrennt lebenden Eheleuten auf Herausgabe der Kinder können diese als Streitgenossen nicht in Betracht kommen.** Den Gegenstand des Streites bilden nicht die Personen der Kinder, sondern das Erziehungsrecht; dieses steht aber nicht den Kindern, sondern den Eltern zu. In dem nach erfolgter Trennung der Ehe zwischen den Eltern entstandenen Streite über die Berechtigung zur künftigen Kindererziehung erscheinen daher die Kinder nicht als rechtlich Betheiligte. (B. O. L. 11. II. 84.) S. X. (121.) 327.

3. **Der Hauptschuldner und der Bürge sind Streitgenossen im Sinne des § 56 C. P. O.** Das Wesen der Bürgschaft besteht in der Uebernahme einer fremden Schuld, und darin, daß sich der Bürge zur Sicherheit des Gläubigers neben dem Hauptschuldner verpflichtet. Die Bürgschaft ist demnach in allen Beziehungen eine streng accessorische Verbindlichkeit, welche nach Objekt und Umfang, namentlich auch bezüglich des Zuwachses, welchen die Hauptschuld etwa erhalten hat, dieser gleich ist und gleich sein muß. Insbesondere kann auch der Regel nach der Bürge sämmtliche Einreden vorschützen, welche dem Hauptschuldner zustehen. Wenn hiernach der Anspruch gegen den Bürgen sich vor allem auf das prinzipale Schuldverhältniß und noch auf die Thatsache stützt, daß er zu demselben hinzugetreten ist, so liegt nicht bloß die Voraussetzung des § 57 C. P. O.

Digitized by Google

vor, weil die Ansprüche gegen Hauptschuldner und Bürgen gleichartig sind und auf einem im wesentlichen gleichartigen thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhen, sondern es erscheint selbst die Bedingung des § 56 C. P. O. gegeben, da der Hauptschuldner und der selbstschuldnerische Bürge in erster Reihe aus der prinzipalen Obligation, also aus demselben thatsächlichen und rechtlichen Grunde, verpflichtet sind. (R. G. 12. XII. 82.) R. C. VIII. (107.) 366. 367.

§ 57. **§ 57.**

Mehrere Personen können auch dann als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn gleichartige und auf einem im Wesentlichen gleichartigen thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreits bilden.

§§ 95, 434, 438. H. G. B. Art. 289 Abs. 2.

§ 58. **§ 58.**

Streitgenossen stehen, soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzes sich ein Anderes ergibt, dem Gegner dergestalt als Einzelne gegenüber, daß die Handlungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vortheile noch zum Nachtheile gereichen.

§§ 66, 155, 162, Ausnahmebestimmungen: §§ 59, 391, 434, 438.

1. In allen Fällen der §§ 56 und 57 der R. C. P. O. gilt — vorbehältlich gewisser Ausnahmen — die Regel des § 58, daß die Streitgenossenschaft keine besonderen rechtlichen Wirkungen in dem Verhältniß der gemeinsam Klagenden oder Verklagten zu einander hervorbringt: jeder Streitgenosse steht als Einzelner seinem Gegner gegenüber, die Handlungen des einen gereichen dem andern weder zum Vortheil noch zum Nachtheil; jeder Streitgenosse muß — wie die Motive S. 80 sich ausdrücken — so beurtheilt werden, als ob er allein mit seinem Gegner im Prozeß befangen wäre. **Die Streitgenossenschaft begründet daher keineswegs eine Einheit des Rechtsstreits,** welche ungleichartige oder sich widersprechende Urtheile nicht duldet, sondern sie verbindet verschiedene selbständige Rechtsstreite nur äußerlich, von denen jeder seinen eigenen Weg geht; und so kann es denn recht wohl vorkommen, daß über gleichartige oder auf dem nämlichen Grunde beruhende Ansprüche in Folge des verschiedenartigen Verhaltens der Streitgenossen ungleichartige und selbst widersprechende Entscheidungen erfolgen (vgl. Seuffert Komm. Anm. 2 zu § 58; Wilmowsky u. Levy Komm. zu § 58 Anm. 4). **Dieses Prinzip erleidet nach § 58 eine Ausnahme, insoweit eine solche aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder der C. P. O. sich ergibt,** und der § 59 bestimmt, daß in Fällen, wo das streitige Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, oder die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine nothwendige ist, der säumige Streitgenosse als durch den nichtsäumigen vertreten angesehen werden solle (vgl. ferner § 434). Beschluß des O. L. G. zu Hamburg v. 15. Nov. 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 151 S. 227 Siehe auch noch bei § 59 eodem.

2. **Bei der Anfechtungsklage gegen den Vertragsgenossen des Schuldners und den Rechtsnachfolger handelt es sich nicht um eine nothwendige Streitgenossenschaft** (im Sinne des § 59 der R. C. P. O.). **Es kommen daher solchenfalls die §§ 428. 429, nicht § 434 Abs. 2 der R. C. P. O. zur Anwendung.** Die Bedeutung der Voraussetzung des § 434, daß der Eid

Digitized by Google

eine Thatsache betreffe, welche von Einfluß ist, „für ein allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältniß", ist aus den allgemeinen Bestimmungen der §§ 58 und 59 daselbst zu entnehmen. § 58: „Streitgenossen stehen, soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzes sich ein Anderes ergibt, dem Gegner dergestalt als Einzelne gegenüber, daß die Handlungen des einen Streitgenossen dem andern weder zum Vortheile noch zum Nachtheile gereichen"; dem wird entgegengestellt § 59: „Kann das streitige Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine nothwendige". Die Motive zur R. C. P. O. sprechen sich zu diesen, unverändert aus dem Entwurf in das Gesetz übernommenen Paragraphen folgendermaßen aus: „Die Streitgenossen treten infolge des Prozesses in kein besonderes Verhältniß zu einander; daß sie gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, ist ein Faktum, welches rechtliche Wirkungen unter ihnen nicht begründet. Materiell sind ihre Interessen unabhängig von einander, so daß jeder Streitgenosse so beurtheilt werden muß, als ob er allein mit seinem Gegner im Prozesse befangen wäre. Was der einzelne Streitgenosse thut oder unterläßt, gereicht dem andern weder zum Vortheile noch zum Nachtheile. Insofern allerdings die Handlungen eines Streitgenossen auf die Feststellnng von Thatsachen von Einfluß sind und insoweit diese Feststellung nicht an gesetzliche Regeln gebunden, sondern von der freien Ueberzeugung des Gerichts abhängig (§ 249) ist, bilden die betreffenden Handlungen einen Theil des Materials für die richterliche Ueberzeugung. Ueber den zugeschobenen oder richterlichen Eid muß die Erörterung bis zur Besprechung der §§ 416 und 420 vorbehalten bleiben". Von diesen Paragraphen kommt hier nur in Betracht der sich auf den Schiedseid beziehende, dem jetzigen § 434 wörtlich entsprechende § 416, welcher lediglich den Fall befaßt, in welchem es sich um ein allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältniß handelt. Die Motive fahren dann, nach einer zwischenliegenden, hier nicht interessirenden Erörterung, wie folgt fort: „Der § 58 kommt nicht zur Geltung, soweit aus den Vorschriften des Bürgerlichen Rechtes oder dieses Gesetzbuches sich ein Anderes ergibt. Derartige Ausnahmen hat der Entwurf für den Fall der Versäumung und des zugeschobenen Eides in den §§ 59 und 416 (434) aufgestellt, Ausnahmen, welche eintreten, wenn 1) das streitige Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann oder wenn 2) die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine nothwendige ist. Beiden Voraussetzungen ist gemeinsam, daß sie dem bürgerlichen Rechte zu entnehmen sind. Während die letztere die Fälle umfaßt, in denen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes eine Klage gemeinschaftlich von mehreren Berechtigten oder gegen mehrere Verpflichtete zu erheben ist (die Fälle der sog. exceptio plurium litis consortium), ist bei der ersteren zunächst an Fälle gedacht, in denen mehrere Personen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, obgleich jedem Einzelnen die Vertretung rücksichtlich des streitigen Rechtes in solidum zusteht". Als Beispiel wird sodann die actio confessoria und negatoria des Römischen Rechtes bei Prädialservituten erwähnt und fortgefahren: „Außer der Untheilbarkeit des streitigen Rechts-

Digitized by Google

verhältnisses kann hierher auch die Untheilbarkeit des Streitgegenstandes gehören — je nach der Auffassung, welche eine derartige Untheilbarkeit in den bürgerlichen Rechten gefunden hat. Jedenfalls werden die Verhältnisse des Miteigenthums und des Miterbenrechtes in dem Geltungsgebiete des Preuß. Allg. L. R. nach der die Praxis bestimmenden Auffassung des Obertribunals mit ergriffen, wenn sie nicht der zweiten Kategorie, den Fällen der exc. plur. litis cons. beizuzählen sind. In den bezeichneten Fällen muß ein Interesse des bürgerlichen Rechtes, durch welches das in judicium geführte Recht beherrscht wird, eine prozessualische Verbindung der mehreren Streitgenossen mit Nothwendigkeit eintreten, damit nicht durch widersprechende Urtheile über dieses Rechtsverhältniß unlösbare Verwickelungen herbeigeführt werden". (R. G. 9. XII. 82.) A. VII. (44.) 171—173.

3. Von Kommentatoren der Prozeßordnung — Seuffert zu § 479 480, Anm. 1, Sarwey ebendort Anm. 2 wird die Ansicht vertreten, daß in dem Falle, wenn das streitige Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, die Berufung, falls sie nicht allen Streitgenossen zugestellt worden ist, nicht formell unstatthaft (§ 497) werde, sondern materiell nach dem maßgebenden Civilrecht über dieselbe zu entscheiden sei. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Denn die Streitgenossen stehen in solchem Falle dem Gegner nicht, wie es nach § 58 der Civilprozeßordnung für Streitgenossen die Regel ist, als einzelne, sondern als eine Art von Gesammtheit gegenüber, was zur Folge hat, daß einerseits die Streitgenossen, insoweit sie als handelnd im Prozesse aufzutreten haben, gemäß § 59 in Beziehung auf die Wahrung von Terminen und Fristen als einander vertretend angesehen werden, daß aber andererseits der Gegner, insoweit es an ihm ist, zu handeln, seine Angriffs- und Vertheidigungsmittel, wenn oder soweit nicht ein gemeinsamer Vertreter für die Streitgenossen bestellt ist, gegen die einzelnen richten muß und daher **zur Wahrung eines Rechtsmittels die Zustellung des Schriftsatzes, durch welchen es eingelegt wird, innerhalb der Nothfrist an sämmtliche Streitgenossen gemäß § 497 der Civilprozeßordnung erforderlich ist**, und sohin, wenn die Zustellung an einen Streitgenossen nicht oder nicht innerhalb der Nothfrist erfolgte, das Rechtsmittel gegenüber allen Streitgenossen als einer durch die Nothwendigkeit der einheitlichen Feststellung des Rechtsverhältnisses gegebenen untrennbaren Gesammtheit als unzulässig verworfen werden muß. (B. O. L. 14. X. 82.) S. IX. (238.) 699.

4. **Im Falle Streitgenossen sich keinen gemeinschaftlichen Prozeßbevollmächtigten bestellen, ist jeder Streitgenosse, ohne Klarlegung besonderer Umstände, welche die Bestellung eines Rechtsanwaltes zu seiner besonderen Vertretung als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig rechtfertigen, berechtigt, die Gebühren und Auslagen desjenigen Rechtsanwaltes, welcher ihn vertreten hat, von dem unterliegenden Prozeßgegner erstattet zu verlangen.** In dem Beschlusse des Reichsgerichtes, ersten Civilsenates, vom 8. Juni 1885, Beschw.-Rep. I. 31/85 (in welchem in Uebereinstimmung mit dem Beschlusse des Reichsgerichtes, V. Civilsenates, vom 8. Juli 1884 der Grundsatz festgestellt ist, daß ein Nebenintervenient von dem zur Kostentragung verurtheilten unterlegenen

Digitized by Google

Prozeßgegner derjenigen Hauptpartei, welcher der Nebenintervenient beigetreten war, die Erstattung der Gebühren des von dem Nebenintervenienten zu seiner Vertretung bestellten, von dem Prozeßbevollmächtigten der Hauptpartei verschiedenen Rechtsanwaltes, auch ohne Darlegung besonderer Gründe, erstattet zu fordern berechtigt sei), wird dieses Recht aus dem eigenthümlichen Zwecke und dadurch bestimmten Wesen der Nebenintervention hergeleitet; während zur Motivirung des Gesichtspunktes, daß nicht in allen Fällen, in denen eine Partei befugt sei, sich eines Rechtsanwaltes zu bedienen, die Verpflichtung der Gegenpartei zur Erstattung der dadurch entstandenen Kosten bestehe, nicht nur auf die im § 87 Abs. 2 der C. P. O. erwähnten Ausnahmefälle, sondern auch auf die oben mitgetheilte, auf das Kostenerstattungsrecht der Streitgenossen sich beziehende Stelle der Begründung des Entwurfes der Civilprozeßordnung verwiesen ist. Trotzdem hat (bei der durch den vorliegenden Fall gebotenen Klarlegung des für das Recht eines der obsiegenden Streitgenossen auf Erstattung der Gebühren und Auslagen desjenigen Rechtsanwaltes, welcher ihn als Prozeßbevollmächtigter vertreten hat, wenn die Streitgenossen nicht einen gemeinschaftlichen Prozeßbevollmächtigten bestellt haben, sondern ein jeder derselben seine Vertretung einem von dem Vertreter der anderen Streitgenossen verschiedenen Rechtsanwalte anvertraut hat, maßgebenden Grundsatzes) die in der mehrerwähnten Stelle der Begründung des Entwurfes der Civilprozeßordnung ausgesprochenen Ansicht für eine unrichtige, den Normen der Civilprozeßordnung selbst nicht entsprechende erachtet werden müssen. Die Civilprozeßordnung enthält keine Bestimmung, laut welcher Streitgenossen zur Bestellung eines gemeinschaftlichen Prozeßbevollmächtigten verpflichtet wären. Nach dem Inhalte der §§ 56—60 C. P. O. stehen die Streitgenossen dem Prozeßgegner keineswegs vereint wie eine Partei gegenüber, sondern regelmäßig sogar dergestalt, als einzelne, daß die Handlungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vortheil noch zum Nachtheile gereichen. Jeder Streitgenosse besitzt das Recht zur Betreibung des Prozesses. Jeder hat die Rechte einer Partei. Nach den Bestimmungen der §§ 74. 75 C. P. O. müssen Parteien im Anwaltsprozesse sich durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt, als Prozeßbevollmächtigten, vertreten lassen, während in denjenigen Rechtsstreitigkeiten, in welchen die Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, jeder Partei dennoch das Recht zusteht, sich durch einen Rechtsanwalt vertreten zu lassen. Nach § 87 Abs. 2 Satz 1 sind die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwaltes der obsiegenden Partei grundsätzlich von dem Prozeßgegner zu erstatten. Nach dem Willen des Gesetzes unterliegt die Nothwendigkeit der Vertretung einer Partei durch einen Rechtsanwalt, wenn dieselbe stattgefunden hat, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung, insoweit es sich um diese Vertretung überhaupt handelt, in keinem Prozesse der Würdigung des Gerichtes. Das Gesetz will, daß diese Vertretung als im gekennzeichneten Sinne nothwendig gelte. Die Gerichte haben nur zu würdigen, ob die einzelnen Handlungen des vertretenden Rechtsanwaltes, für welche Gebühren oder Auslagen zur Erstattung berechnet werden, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig

Digitized by Google

waren, sowie ob die Gebühren den Vorschriften der Gebührenordnung gemäß berechnet sind. Positiv eingeschränkt sind diese Grundprinzipien nur dahin: 1. daß, wenn eine obsiegende Partei sich auch nur eines Rechtsanwalts zu ihrer Vertretung bedient hat, dieser Rechtsanwalt aber ein auswärtiger Rechtsanwalt ist, die Reisekosten des letzteren nur insoweit von dem Gegner zu erstatten sind, als die Zuziehung gerade eines auswärtigen Anwaltes nach dem Ermessen des Gerichtshofes zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig war; 2. daß, wenn eine und dieselbe Person, welche im Prozesse eine Parteistellung besitzt, sich gleichzeitig mehrerer Rechtsanwälte als Prozeßbevollmächtigter bedient oder sich succesiv durch mehrere Rechtsanwälte vertreten läßt, ohne daß ein Wechsel in der Person des vertretenden Rechtsanwaltes eintreten mußte, diese Person die dadurch über den Betrag der Kosten eines Rechtsanwaltes hinaus entstandenen Kosten von dem Prozeßgegner nicht erstattet verlangen darf. Wenn eine im Prozesse eine Parteistellung einnehmende Person sich der Rechtsanwaltsvertretung im Prozesse bedienen muß oder darf, so hängt an sich (der Natur der Sache nach) die Auswahl desjenigen aus dem Kreise der nach den betreffenden Prinzipien der Civilprozeßgesetze zur Uebernahme der Vertretung befugten Rechtsanwälte, welchen sie zu ihrem Bevollmächtigten bestellen will von ihrem Entschlusse ab. Ein solches Verhältniß wird von persönlichem Vertrauen beherrscht. Daß eine in dem Prozesse die Stellung eines Streittheiles einnehmende Person deswegen, weil außer ihr noch andere Personen in dem Prozesse den Klageanspruch verfolgen oder vertheidigen, entweder die freie Bethätigung ihres durch Zutrauen bestimmten Entschlusses aufgeben und sich mit den Streitgenossen über die Wahl eines gemeinschaftlichen Prozeßbevollmächtigten einigen, oder im Falle der Prozeßgegner unterliegt, den Nachtheil erleiden soll, daß sie die Gebühren und Auslagen, welche sie dem einen von ihr zum Prozeßbevollmächtigten bestellten Rechtsanwalte gezahlt hat oder doch zu zahlen verpflichtet ist, nicht für voll von dem Gegner erstattet zu verlangen berechtigt sei, läßt sich in Ermangelung einer positiven Vorschrift des Gesetzes gar nicht begründen. Erachtet eine Gesetzgebung eine solche Bestimmung aus praktischen Gründen für angezeigt, so wird sie positiv dieselbe als Regel ausdrücklich aussprechen, die gebotenen Ausnahmen sowie den bestimmten Weg regeln, auf welchem die Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters herbeizuführen ist. Die Frage, ob die Bestellung eines Rechtsanwaltes durch einen Streitgenossen zu seiner Vertretung, während andere Streitgenossen durch einen anderen Rechtsanwalt vertreten werden, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung jenes Streitgenossen nothwendig sei, ist eine schief gestellte. Es fragt sich vielmehr, ob nach dem ersichtlichen Gesetzeswillen ein Streitgenosse, im Falle nicht besondere Gründe eine Ausnahme zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig machen, verpflichtet sei, sich zu bemühen mit den übrigen Streitgenossen einen gemeinschaftlichen Prozeßbevollmächtigten zu bestellen, sodaß er, wenn die Bestellung eines gemeinschaftlichen Bevollmächtigten nicht erfolgt sei, zur Substanziirung des Antrages auf Erstattung der Gebühren und Auslagen desjenigen Rechtsanwaltes, welcher ihn vertreten hat, be-

Digitized by Google

sondere Gründe der gekennzeichneten Art oder doch die Erfolglosigkeit der von ihm aufgewendeten Bemühungen klarlegen müsse. Zur Bejahung dieser Frage gibt das Gesetz, die Civilprozeßordnung selbst, gar keinen Anhalt. In Ermangelung eines solchen Anhaltes ist die Ansicht des Verfassers der Begründung des Gesetzentwurfes ohne Werth. Es ist anzunehmen, daß jeder Streitgenosse berechtigt ist, sich durch einen Rechtsanwalt vertreten zu lassen und die Kosten dieser Vertretung von dem Prozeßgegner erstattet zu verlangen. Entschieden unterstützt wird diese Auslegung des Gesetzes durch die Erwägung, daß der Gesetzgeber, falls er den entgegengesetzten Sinn des Gesetzes gewollt hätte, die allerdringendste Veranlassung gehabt hätte, gegenüber den geschichtlichen Voraussetzungen des Gesetzes diesen Sinn bestimmt und ausdrücklich auszusprechen. Siehe hierüber und namentlich über die Entstehungsgeschichte (R. G. 7. X. 85.) R. C. XIV. (114.) 395—405.

§ 59.

§ 59.

Kann das streitige Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden, oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine nothwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen.

Die säumigen Streitgenossen sind auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen.

§ 607.

1. **Begriff der nothwendigen Streitgenossenschaft im Sinn des § 59 C. P. O.** Es ist im bürgerlichen Recht nicht vorgeschrieben, daß das Rechtsverhältniß mehrerer solidarisch verpflichteter Personen gegenüber allen nur einheitlich festgestellt werden kann; es würde eine solche Vorschrift auch nicht wohl möglich sein, weil in der Person des einen Verpflichteten Einreden, welche ihn persönlich liberiren, begründet sein können, z. B. aus einem pactum de non petendo, und welche dem anderen gegenüber nicht vorliegen. Aber auch abgesehen von der Möglichkeit derartiger Verschiedenarten ist die einheitliche Feststellung der Verpflichtung mehrerer Solidarschuldner weder gesetzlich vorgeschrieben noch innerlich nothwendig. Die Zahlung der Schuld hebt dieselbe zwar objektiv auf, sie ist materiell wirksam für sämmtliche Solidarschuldner; daraus folgt aber keineswegs, daß die prozessualische Feststellung des Bestandes oder Nichtbestandes der Schuld nicht anders als gegen sämmtliche Solidarschuldner gleichartig erfolgen könne, und daß nicht gegen den einen Schuldner, welcher die befreiende Thatsache geltend macht, eine andere Entscheidung erfolgen könne als gegen denjenigen, welcher sie nicht geltend macht. Wie bei getrennter Prozeßführung derartige verschiedene Resultate möglich sind und dem verklagten Schuldner keine Vertheidigung aufgedrungen wird, von welcher er keinen Gebrauch gemacht hat, so ist nicht einzusehen, weßhalb dies bei der äußeren Vereinigung der Rechtsstreite im Wege der Streitgenossenschaft sich anders verhalten sollte. **Die Fälle, welche der § 59 vor Augen hat, wenn er von Rechtsverhältnissen spricht, welche gegenüber mehreren Personen nur einheitlich festgestellt werden können, sind** — wie sich aus den Motiven S. 82 ergibt — **solche, in welchen die Natur des Rechtsverhältnisses eine verschiedenartige Feststellung nicht duldet.** Als Normalfall führen die Motive die konfessorische oder negatorische Klage wegen einer Prädialservitut an. Die Untheilbarkeit derselben bringt

Digitized by Google

es mit sich, daß das Urtheil für und gegen sämmtliche Miteigenthümer volle Wirksamkeit haben muß, sententia praedio datur. Das Grundstück kann nicht pro parte indivisa servitutfrei und pro parte indivisa servitutbelastet sein; widersprechende Urtheile über dieses Rechtsverhältniß gegenüber den mehreren Miteigenthümern des Grundstücks würden unlösbare Verwicklungen herbeiführen (Motive S. 83). Die C. P. O. § 59 bezeichnet daher den Fall, wo das Streitverhältniß nur einheitlich festgestellt werden kann, als einen Fall der „nothwendigen Streitgenossenschaft", welchem sie alle übrigen Fälle einer nothwendigen Streitgenossenschaft gleichstellt. Wenngleich dieser Ausdruck insofern ungenau ist, als eine „Nothwendigkeit" der Streitgenossenschaft in dem Sinn, daß dieselbe erzwungen werden könnte, nach richtiger und fast allgemein angenommener Lehre (vgl. darüber Seuffert, Komm. Anm. 4 zu § 59) überhaupt nicht anzuerkennen ist, so will doch das Gesetz augenscheinlich die Fälle treffen, in welchen nur mehrere Personen gemeinschaftlich aktiv oder passiv zur Klage legitimirt sind und daher die nur von einer oder gegen eine jener Personen erhobene Klage materiell zu beanstanden ist. Daß dies nicht zutrifft gegenüber mehreren Solidarschuldnern, liegt auf der Hand; der Beklagte kann sich nicht vertheidigen durch Berufung auf den Umstand, daß neben ihm noch andere Solidarschuldner vorhanden sind; im Gegentheil besteht das Wesen der Solidarschuld gerade darin, daß jeder Schuldner unabhängig von dem anderen auf das Ganze in Anspruch genommen werden kann. **Es folgt daraus, daß die solidarische Verpflichtung Mehrerer nicht unter die Fälle der nothwendigen Streitgenossenschaft gerechnet werden kann**, und weiter die Unanwendbarkeit des § 59, welcher ausschließlich von Fällen nothwendiger Streitgenossenschaft handelt, unter denen ein Fall speziell hervorgehoben wird. Beschluß des O. L. G. zu Hamburg v. 15. Nov. 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 151 S. 227. 228.

2. **Die als Beklagte im Anfechtungsprozesse Belangten: Der Vertragsgenosse des Schuldners und des Ersteren Rechtsnachfolger sind keine nothwendigen Streitgenossen im Sinne des § 59 der R. C. P. O. Der Ausgang eines gegen Beide gemeinsam angestrengten Prozesses kann daher nicht von einem nur dem Einen von ihnen auferlegten Eide abhängig gemacht werden.** (R. G. 9. XII. 82.) S. hierüber bei § 58 ad A. VII. (44.) 171—173.

3. Nach § 251 A. L. R. II. 2 und den Präjudizien des Obertribunals Nr. 1202 vom 10. Okt. 1842 (Sammlung Bd. 1 S. 167), (vgl. auch Striethorst, Archiv Bd. 39 S. 175), und Nr. 2437 vom 24. Febr. 1853 (Entsch. des Obertrib. Bd. 25 S. 158), welchen das Reichsgericht sich anschließt, ist **die Streitgenossenschaft der von den Eltern auf Unterhalt belangten Kinder eine nothwendige.** (R. G. 13. XII. 86.) R. C. XVII. (88.) 358. 359.

4. **Eheleute sind nach den Vorschriften des Allgemeinen preuß. Landrechts bei Prozessen, welche das Eigenthum an einem der Frau gehörigen und von ihr dem Manne eingebrachten Grundstücke betreffen, als nothwendige Streitgenossen im Sinne des § 59 C. P. O. anzusehen.** In der Litteratur ist zwar die Ansicht vertreten, daß § 189 I. 1 des Allgem. Landrechts durch den § 51 R. C. P. O. aufgehoben sei. (Vgl. Reh-

Digitized by Google

bein und Reinke, Kommentar zum Allgem. Landrecht II. 1 § 189 Note 90.) Damit würde jedoch die Tragweite des Reichsgesetzes zu weit ausgedehnt werden. Durch dasselbe ist nur die Prozeß- und Vertragsfähigkeit der Ehefrau anerkannt. Soweit jedoch Reichs- oder Landesgesetze ihre Vertragsbefugniß beschränken, ist keine Aenderung des bisherigen Rechtszustandes eingetreten. (Vgl. Motive zu § 51 C. P. O. S. 76; Mandry, Civilinhalt der Reichsgesetze S. 30; Koch, Kommentar zum Allg. Landrecht Thl. II. Tit. 1 § 189 Note 29 8. Aufl. S. 132; Förster-Eccius, Theorie und Praxis Bd. 4 S. 35—37; Dernburg, a. a. O. Bd. 3 S. 72 Note 13; Boas in Gruchot's Beiträge, Bd. 29 S. 303.) Aufgehoben sind also nur die Beschränkungen der Prozeß- und Handlungsfähigkeit von Ehefrauen, welche das Allg. Landrecht mit Rücksicht auf ihr Geschlecht oder ihre dem Manne gegenüber untergeordnete Stellung in der Ehe getroffen hatte. Dagegen bleiben diejenigen Vorschriften, welche dem Schutze des Mannes wegen der ihm nach dem ehelichen Güterrechte zustehenden Befugnisse dienen, in Kraft. Die Frau kann durch ihre Handlungen weder in noch außer dem Prozesse auch fortan nicht dem Manne die Rechte schmälern, welche er durch die Illation an ihrem Vermögen erworben hat. Wollte man dem gegen die Frau ergehenden Urtheile Rechtswirkungen gegen den Mann beilegen, so wäre damit der Frau die Möglichkeit gegeben, durch Kollusion mit Dritten dem Manne den ehelichen Nießbrauch zu entziehen. Dem haben sowohl das Allgem. Landrecht als die Allgem. Gerichtsordnung entgegentreten wollen, indem sie die Zuziehung des Mannes bei Prozessen über die Substanzen des Eingebrachten, insbesondere über Grundstücke anordneten. Sie haben ihm damit die Gelegenheit gegeben, selbständig zur Erhaltung seines eigenen Rechtes das Recht der Frau an den von einem Dritten beanspruchten Gegenständen geltend zu machen. Wird aber diese aus dem ehelichen Güterrechte fließende Befugniß des Mannes durch § 51 C. P. O. nicht berührt, nimmt man vielmehr die fortdauernde Geltung der näher angegebenen Vorschriften des preußischen Rechtes über die Zuziehung des Mannes an, so kann in einem Falle, in welchem die sofortige Herausgabe eines eingebrachten Grundstückes verlangt wird, der Rechtsstreit nicht gegen einen einzelnen Ehegatten, sondern nur einheitlich gegen beide zum Austrage gebracht werden. (Uebereinstimmend Förster-Eccius, Theorie und Praxis Bd. 4 S. 75 Note 68.) (R. G. 10. VI. 85.) R. C. XIII. (70.) 293—295. U. u. A. III. (13.) 31 f.

5. **Die Revision des Klägers ist solchen Mitbeklagten gegenüber nicht zulässig, welche in erster Instanz nicht erschienen waren, und gegen welche das Berufungsurtheil nicht ergangen ist und begründet es keinen Unterschied, ob die Streitgenossenschaft der Beklagten eine nothwendige im Sinne des § 59 C. P. O. war oder nicht,** denn die Bestimmung des § 59 C. P. O., daß die säumigen Streitgenossen als durch die nichtsäumigen vertreten anzusehen sind, setzt das Bestehen einer Streitgenossenschaft voraus. Eine andere, nach den Vorschriften des materiellen Rechtes zu beurtheilende Frage ist es, ob das in der Berufungsinstanz ergangene Urtheil auch für und gegen Diejenigen wirkt, welche Streitgenossen in der Vorinstanz, aber in der Berufungsinstanz nicht mehr Prozeßpartei waren. (Vgl. Seuffert, Kommentar zur Civilprozeßordnung (2. Aufl.) Anm. 2 zu § 472.) (R. G. 26. I. 85.) R. C. XIII. (111.) 408. 409.

Digitized by Google

§ 60. **§ 60.**

Das Recht zur Betreibung des Prozesses steht jedem Streitgenossen zu; er muß, wenn er den Gegner zu einem Termine ladet, auch die übrigen Streitgenossen laden.

§ 227.

Dritter Titel.

Betheiligung Dritter am Rechtsstreite.

(§§ 61—73.)

I. Hauptintervention.

(§§ 61—62.)

§ 61. **§ 61.**

Wer die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt, ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung dieses Rechtsstreits berechtigt, seinen Anspruch durch eine gegen beide Parteien gerichtete Klage bei demjenigen Gerichte geltend zu machen, vor welchem der Rechtsstreit in erster Instanz anhängig wurde.

G. V. G. § 108, §§ 230, 235, 800, 814, 633 ff.

1. Die deutsche Civilprozeßordnung hat das gemeinrechtlich anerkannte Institut der Hauptintervention als ein geeignetes Mittel, um zu einer Minderung der Prozesse und zur Vermeidung widersprechender Urtheile zu führen — Motive S. 84 —, beibehalten. Nach **§ 61 C. P. O. setzt** dieselbe **voraus, daß Jemand** die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt, also, wie es in den Motiven S. 86 heißt, **einen die Rechte der Hauptparteien auf den Streitgegenstand ausschließenden Anspruch verfolgt.** Ist also z. B. über Eigenthum oder Besitz einer Sache Streit, so kann die Verfolgung eines dinglichen Rechtes an derselben, wie z. B. einer Servitut, eines Hypothekenrechtes, — wo nach dem betr. Rechte die actio hypothecaria einen Anspruch auf den Besitz der Sache nicht gewährt — im Wege der Hauptintervention nicht stattfinden. (Vgl. Sarwey, Civilprozeßordnung S. 127; Weißmann, Hauptintervention § 8.) (R. G. 9. I. 85.) R. C. XIV. (96.) 341—343.

2. **Die nach Vorschrift des § 61 C. P. O. durch Zustellung einer Klage gegen beide Parteien des Hauptprozesses eingeleitete Hauptinterventionssache kann in der Berufungsinstanz auch gegen eine dieser Parteien fortgesetzt und verhandelt werden.** Wenn auch die Zulässigkeit der Einleitung einer Hauptintervention durch die Zustellung der Klage an beide Parteien des Hauptprozesses bedingt ist, so sind doch diese beiden Parteien dem Intervenienten gegenüber, wie die Motive zu den §§ 61. 62 C. P. O. sich ausdrücken, als Streitgenossen zu betrachten. (Vgl. Hahn, Materialien Bd. 2 Thl. 1 S. 175.) Ob sie als Streitgenossen im Sinne des § 58 oder des § 59 a. a. O. gelten müssen, hängt von der materiellen Sachlage ab. Sofern nicht bezüglich des Rechtsverhältnisses der beiden Parteien zu der Intervenientin die im § 59 enthaltenen Voraussetzungen der nothwendigen Streitgenossenschaft gegeben sind, wird nur angenommen werden können, daß dieselben nach Maßgabe des § 58 als einzelne der Intervenientin gegenüberstehen, sodaß im Fortlaufe des Rechtsstreits die Sache jeder einzelnen Partei mit der Intervenientin erörtert und zum Gegenstande der Entscheidung gemacht werden kann.

Digitized by Google

Es kann nämlich die lediglich prozessualische Vorschrift des § 61, daß die Klage gegen beide Parteien gerichtet werden muß, nicht die Bedeutung haben, daß nun auch die Grundsätze des § 59 a. a. O. mit ihren weitgreifenden Konsequenzen auf die im Hauptprozesse ein widerstreitendes Interesse verfolgenden Parteien angewendet werden müßten. Wortlaut und Zweck des § 59 weisen darauf hin, daß seine Voraussetzungen lediglich im materiellen Rechte zu suchen sind. (Vgl. in diesem Sinne v. Wilmowsky und Levy, 4. Aufl. zu § 61 Anm. 1 Abs. 2; Seuffert zu § 62 Anm. 5; Petersen zu § 62 III. 2 A. M.; Struckmann und Koch, 5. Aufl. zu § 61 Nr. 3; Endemann zu § 61 Abs. 2; Förster zu § 61 Anm. 2b.) (R. G. 10. XII. 86.) R. C. XVII. (83.) 340.

3. Wenn die Parteien im Hauptprozesse durch Anwälte als ihre Prozeßbevollmächtigten vertreten sind, so **muß**, da nach § 78 C. P. O. die Vollmacht für den Hauptprozeß auch die Vollmacht für das eine Hauptintervention betreffende Verfahren umfaßt, **die Zustellungen der Hauptintervention** nach § 162 C. P. O. **an die betreffenden Anwälte erfolgen.** (A. M. Weismann, Hauptintervention S. 173.) Auch die Zustellung einer zu einer Hauptintervention bestimmten Klage geschieht nämlich, insofern sie eben als Hauptintervention in einem anderen Prozesse dienen soll, diesem Prozesse gegenüber in einem schon anhängigen Rechtsstreite. Ist aber eine Hauptinterventionsklage nicht gültig zugestellt, so ist sie nach § 230 Abs. 1 C. P. O. auch nicht erhoben. (R. G. 24. IX. 84.) R. C. XV. (124.) 428. 429.

4. **Der Weg der Nebenintervention kann auch in Fällen, wo Hauptintervention statthaft war, gewählt werden.** Es entspricht dies den allgemeinen Prinzipien, daß in Fällen, wo das Gesetz verschiedene Rechtswege eröffnet, jedem freisteht, denjenigen Weg zu wählen, der seinen Zwecken am besten zu dienen scheint. (R. G. 30. XI. 83.) R. C. X. (123.) 398.

§ 62

§ 62.

Der Hauptprozeß kann auf Antrag einer Partei bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Hauptintervention ausgesetzt werden.

§ 236, Abs. 2, §§ 226, 227.

Die Bestimmung des § 62 der C. P. O., daß der Hauptprozeß auf Antrag einer Partei bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Hauptintervention ausgesetzt werden kann, schließt die Befugniß des Gerichts, auch von Amts wegen in Gemäßheit des § 139 der C. P. O. solche Aussetzung anzuordnen, nicht aus. (Vgl. die Kommentare von Struckmann und Koch, Puchelt, Petersen, Reincke, Hellmann, Wilmowsky und Levy, Endemann zu § 62.) Beschluß des O. L. G. zu Hamburg vom 2. März 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (222.) 347.

II. Nebenintervention.

(§§ 63—68.)

§ 63.

§ 63.

Wer ein rechtliches Interesse daran hat, daß in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreite die eine Partei obsiege, kann dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten.

Die Nebenintervention kann in jeder Lage des Rechtsstreits bis zur rechtskräf-

Digitized by Google

tigen Entscheidung desselben, auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen.

1. Abs. 1. Ein **rechtliches Interesse** im Sinne des § 63 Abs. 1 C. P. O. ist, abgesehen vielleicht von gewissen besonders gearteten Fällen, nur dann anzunehmen, wenn das für oder gegen die betreffende Partei ergehende Urtheil in irgend einer Hinsicht auch für die Rechtsverhältnisse des Intervenienten bestimmend wird, sei es, daß demselben unmittelbar eine Rechtskraft auch nach dieser Richtung hin zukommt, sei es, daß es nur für die zwischen dem Intervenienten und der Partei obwaltenden Beziehungen Bedeutung hat. (R. G. 16. VI. 84.) R. C. XIV. (123.) 437.

2. **Das zur Nebenintervention erforderliche rechtliche Interesse.** Als rechtliches Interesse ist jedes Interesse aufzufassen, das nicht lediglich thatsächliche Vortheile und Nachtheile umfaßt und im Gegensatz zu ausschließlich intellektuellen, moralischen, Pietäts- und ähnlichen Interessen in den Rechtsverhältnissen des Intervenienten begründet ist. (Struckmann und Koch, Komm. zur C. P. O. § 63 Anm. 1; Schulze in Busch Zeitschr. für C. P. Bd. 2 S. 34; Seuffert, Archiv Bd. 37 Nr. 247.) Es gehören hierher drei Möglichkeiten: die mögliche Wirkung der entschiedenen Sache im Verhältniß des Intervenienten und des Gegners der unterstützten Partei; die Möglichkeit, daß die Entscheidung in einem Separatprozeß dieser beiden als Beweisgrund gegen den Intervenienten benutzt werden kann; an dem Einfluß der Entscheidung auf das Rechtsverhältniß des Intervenienten zu der unterstützten Partei. Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe vom 11. Juni 1886. Annalen der bad. Gerichte Bd. 53 S. 34. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 324 S. 463.

3. **Das rechtliche Interesse,** welches der § 63 voraussetzt, ist nichts weniger als auf die — wenigen — Fälle beschränkt, in welchen die Rechtskraft über die eigentliche Prozeßpartei hinauswirkt (vgl. § 66 der C. P. O.). Vielmehr begreift dieser Begriff jedes Interesse, welches, um mit Struckmann und Koch, Komm. Anm. 1 zu § 63 und Anderen zu reden, nicht lediglich thatsächliche Vortheile und Nachtheile umfaßt, oder — mit Schulze in Busch Zeitschr. Bd. 2 S. 34 ff. — jedes Interesse, welches, im Gegensatz zu ausschließlich intellektuellen, moralischen, Pietäts- und ähnlichen Interessen, in den Rechtsverhältnissen des Intervenienten begründet ist. Ein Dritter kann beispielsweise nicht aus dem Grunde interveniren, weil die Partei, welcher er beitreten will, thatsächlich sein Schuldner, sein Wohlthäter, sein Verwandter, sein Vertragserblasser ist, oder weil der Verlust des Prozesses ihn aus ähnlichen Gründen thatsächlich mit materieller Schädigung bedroht. Ein Dritter ist dagegen zur Intervention berechtigt, wenn der Gegenstand des Prozesses, wenn auch nur mittelbar, in seine eigene Rechtssphäre derart eingreift, daß seine Rechtsstellung zu dem Gegner der von ihm zu unterstützenden Partei bei dessen Obsieg eine ungünstigere werden würde. Erk. des O. L. G. zu Braunschweig vom 11. März 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 247 S. 352.

4. Eine Nebenintervention ist nur zulässig zu dem Zwecke, um der einen oder anderen Prozeßpartei zu Hilfe zu kommen, und ein Nebenintervenient ist daher zur Sache selbst nur mit solchen Anträgen zu

Digitized by Google

hören, welche sich darauf richten, daß zu Gunsten der von ihm unterstützten Partei erkannt werde. (§ 63 Abs. 1 C. P. O.) — (R. G. 19. II. 86.) R. C. XV. (115.) 413.

5. **Der Cessionar eines Theiles des Kaufpreises kann als Nebenintervenient des auf Auflösung des Verkaufes beklagten Käufers die Einrede geltend machen, daß die Klage wegen der an ihn geschehenen Cession unstatthaft sei.** Der Cedent ist zur Gewährleistung verpflichtet und kann daher nicht berechtigt sein, durch seine eigene Handlung den Untergang der cedirten Forderung herbeizuführen (Art. 1693 ff. 1620. 1628. 1629 Code civil). Aus der eventuellen Schadensersatzpflicht des Cedenten folgt keineswegs, daß der Cessionar nicht berechtigt sei, durch rechtzeitigen Widerspruch den Schaden von sich abzuwenden. (R. G. 20. VI. 84.) R. C. XI. (89.) 363.

6. **Abs. 2. Die Frage, ob ein Nebenintervenient auch bei totaler contumacia seiner Hauptpartei anstatt derselben verhandeln und auf solche Weise die Folgen ihrer Terminversäumniß abwenden könne, ist allerdings eine strittige.** Während sich die Schriftsteller (Francke, Die Nebenparteien der deutschen C. P. O. S. 122 ff.; A. F. Schultze, „Die rechtliche Stellung des sog. Nebenintervenienten im Rechtsstreit" in Busch Zeitschrift f. C. P. O. Bd. 2 S. 94; v. Wilmowsky und Levy, Anm. 1 Abs. 2 zu § 64 der C. P. O.; Struckmann und Koch in Anm. 1 zu § 64; v. Bülow in Anm. 4 zu § 64; Endemann Anm. 2 zu § 64; Hellmann 2. Ausg. S. 231) für die Bejahung aussprechen, erklären sich u. A. die Kommentare von Seuffert Anm. 2 zu § 64 (Anders in der 2. Aufl. des Seuffert'schen Kommentars), Gaupp Bd. 1 S. 219, Siebenhaar S. 114, Sarwey Anm. 4 zu § 64 in verneinendem Sinn. Vom O. L. G. Jena ist diese Frage bejaht. Maßgebend dafür ist vor Allem die rechtliche Stellung des Nebenintervenienten, wie sie in § 63 und namentlich in § 64 der C. P. O. fixirt ist. Danach wird derselbe zwar einerseits nur „zur Unterstützung" und „als Beistand" der Hauptpartei thätig (s. § 63 und die Motive) ist aber andererseits mit Rücksicht auf sein eigenes rechtliches Interesse am Ausgang des Prozesses zwischen den Hauptparteien kraft Gesetzes (§ 64) berechtigt, alle Prozeßhandlungen wirksam (d. h. ebenso wirksam wie die Hauptpartei, der er beigetreten) vorzunehmen, insoweit nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen. Demgemäß kann er namentlich auch bei völliger Passivität der Hauptpartei im Fall totaler contumacia derselben, an ihrer Stelle wirksam verhandeln. Entsch. des gemeinsch. thüring. O. L. G. zu Jena vom 19. Juni 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 338 S. 457. 458.

7. **Der Nebenintervenient ist befugt, selbständig Rechtsmittel einzulegen.** Es ergibt sich dies klar aus dem Texte des Gesetzes (§ 63 Abs. 2 § 64 R. C. P. O.), sowie aus der Entstehungsgeschichte desselben. (R. G. 30. XI. 83.) R. C. X. (123.) 398.

8. **Fristberechnung für das vom Nebenintervenienten eingelegte Rechtsmittel.** Der Nebenintervenient der C. P. O. (§§ 63—68) ist, abgesehen von dem hier zweifellos nicht vorliegenden Fall des § 66 Vertreter der Hauptpartei, welcher er sich anschließt, kraft eigener gesetzlicher Befugniß.

Digitized by Google

Voraussetzung seines Beitritts ist, daß er an dem Obsieg der Hauptpartei ein rechtliches (materielles) Interesse hat. Um ihm die Wahrung dieses Interesses in dem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreit zu ermöglichen, wird es ihm gestattet, der Partei, bei deren Sieg er interessirt ist, zum Zweck ihrer Unterstützung beizutreten (§ 63). Dieser Zweck ist für die prozeßrechtliche Stellung des Nebenintervenienten und für die Begrenzung seiner Befugnisse maßgebend. Er hat eine selbständige Stellung in Bezug auf die gesammte Prozeßführung, insbesondere in Bezug auf das Vorbringen aller Angriffs- und Vertheidigungsmittel, auch in Bezug auf die Einlegung von Rechtsmitteln und die Vornahme sonstiger Prozeßhandlungen, ohne das Erforderniß des Nachweises der Zustimmung der Hauptpartei. Sein eigenes Recht ist jedoch nicht Gegenstand des Rechtsstreites; er selbst ist nicht Partei. Dies ergibt sich aus dem gedachten Zweck seines Beitritts, und steht damit die positive Vorschrift des § 64 in Verbindung, welche die wirksame Vornahme seiner Prozeßhandlungen dadurch begrenzt, daß sie nicht mit (ausdrücklichen) Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen dürfen. Als Streitgenosse der Hauptpartei mit den Konsequenzen der §§ 58 und 60 cv. § 59 gilt er nach der Bestimmung des § 66 nur unter der dort bemerkten Voraussetzung. Da diese hier nicht gegeben ist, so kann der Lauf der Ber.-Frist nicht davon abhängen, daß das Urtheil außer der Partei auch dem Ber.-Kläger als deren bloßen Assistenten und Vertreter zugestellt worden. Ein Anderes folgt nicht aus der Vorschrift des § 68 Abs. 3, welche die Zuziehung auch des Nebenintervenienten im „Hauptverfahren" gebietet. Urtheil des O. L. G. zu Rostock aus 1882. Mecklenb. Zeitschr. Bd. 3 S. 148 ff. und S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 56 S. 92.

9. **Die Kosten seiner besonderen Vertretung in der Revisionsinstanz hat der Nebenintervenient selbst zu tragen.** (R. G. 2. I. 83.) A. VII. (49.) 178.

§ 64. **§ 64.**

Der Nebenintervenient muß den Rechtsstreit in der Lage annehmen, in welcher sich dieser zur Zeit seines Beitritts befindet; er ist berechtigt, Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen, insoweit nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen.

1. **Sinn der Bestimmung in § 64, daß der Nebenintervenient sich nicht mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch setzen darf.** (R. G. 30. XI. 83.). R. C. X. (123.) 398. 399.

2. **Ein Anerkenntniß des klägerischen Anspruchs entzieht der Nebenintervention den Boden.** (R. G. 30. XI. 83.) R. C. X. (123.) 399.

3. **Der Nebenintervenient ist zur selbständigen Einlegung von Rechtsmitteln befugt.** (R. G. 30. XI. 83.) R. C. X. (123.) 398.

4. Wenn **der Nebenintervenient** auch nicht Streitgenosse ist (§ 66), so **hat** er doch **das Recht, allein Rechtsmittel einzulegen,** insoweit er dadurch nicht in Widerspruch geräth mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei. Ein solcher Widerspruch ist durch das bloß passive Verhalten der Hauptpartei nicht gegeben. Das Unterlassen der Einlegung von Rechtsmitteln von Seiten der Letzteren ist vielmehr recht eigentlich der Fall des selbständigen Vorgehens des Nebenintervenienten. (R. G. 24. IX. 81.) A. IV. (92.) 325.

Digitized by Google

5. Es ist bestritten, **ob der Nebenintervenient selbständig ein Rechtsmittel namens der Hauptpartei einlegen und durchführen könne.** Nach einer Ansicht kann der Nebenintervenient zwar ein Rechtsmittel einlegen, um die Nothfrist für die Hauptpartei zu wahren, dagegen ist die Durchführung des Rechtsmittels in der Verhandlung nur der Hauptpartei möglich (Sarwey, C. P. O. Bd. 1 S. 133). Andere Schriftsteller (vgl. Seuffert und Siebenhaar) machen die Wirksamkeit der Erklärungen des Nebenintervenienten von der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung der Hauptpartei abhängig und geben dem Nebenintervenienten nicht das Recht, Berufung einzulegen, weil in dem Stillschweigen der Hauptpartei ein Verzicht auf das Rechtsmittel liege. Es besteht aber auch noch eine dritte Ansicht, wonach der Nebenintervenient wie zu anderen Prozeßhandlungen so auch zur Einlegung und Durchführung von Rechtsmitteln berechtigt ist, soweit er dadurch nicht mit positiven Erklärungen der Hauptpartei in Widerspruch tritt. Diese Ansicht ist durch die meisten Ausleger der C. P. O. getheilt, so Struckmann und Koch S. 56; Hellmann Bd. 1 S. 232 lit. b; Puchelt Bd. 1 S. 261; Wilmowsky und Levy zu § 63, auch Seuffert hat sich in der 2. Auflage seines Kommentars § 64 Bem. 2c dieser Ansicht angeschlossen, Schultze in der Abhandlung in Busch Zeitschr. Bd. 2 S. 20 ff. bemerkt hierüber S. 94 in zutreffender Weise: „Sowohl nach dem Wortlaut des Gesetzes als auch nach der mit demselben völlig im Einklang stehenden Vorgeschichte desselben kann es nicht zweifelhaft sein, daß lediglich ein widersprechendes Reden und Thun der Hauptpartei, nicht ein Unterlassen (welches weder eine „Erklärung" noch eine „Handlung" ist), die Wirksamkeit der Handlung des Intervenienten ausschließt. Der Intervenient ist daher zweifellos berechtigt, sowohl bei partieller als bei totaler Versäumniß der Hauptpartei kraft seines gesetzlichen Vertretungsrechts für dieselbe zu handeln und die Folgen ihrer Versäumniß von ihr abzuwenden. Daß er daher auch Rechtsmittel für sie nicht nur einlegen, sondern auch wirksam durchführen kann, sofern die Partei nicht Widersprechendes erklärt oder thut, kann ebensowenig zweifelhaft sein." In diesem Sinn sprach sich dieser Gerichtshof bereits in seinem Urtheil vom 17. Mai 1881 i. S. der Dampfschiffsrhederei v. Ficks aus, ebenso das O. L. G. Bamberg am 3. Dezember 1880 (Busch Zeitschrift Bd. 4 S. 454). Das Reichsgericht (1. Sen.) führt zu seinem Urtheil vom 24. September 1881 in der gleichen Richtung Folgendes aus: „Die Legitimation des Rev.-Klägers als Nebenintervenient ist nach § 64 der C. P. O. nicht zweifelhaft. Wenn er auch nicht Streitgenosse ist (§ 66), so hat er doch das Recht, allein Rechtsmittel einzulegen, insoweit er dadurch nicht in Widerspruch geräth mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei. Ein solcher Widerspruch ist durch das bloß passive Verhalten der Hauptpartei nicht gegeben. Das Unterlassen der Einlegung von Rechtsmitteln von Seiten der Letzteren ist vielmehr recht eigentlich der Fall des selbständigen Vorgehens des Nebenintervenienten." (Annalen des R. G. Bd. 4 S. 325.) Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe (2. Sen.) vom 22. Dezember 1882. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 137 S. 201 f.

6. **Befugniß des Nebenintervenienten zur selbständigen Einlegung von**

Digitized by Google

Rechtsmitteln. Bei richtiger Auslegung des Gesetzes erscheint es statthaft, daß sich die Hauptpartei von der Thätigkeit im Prozeß völlig zurückzieht und dessen Durchführung dem Nebenintervenienten allein überläßt. Aus dem bloßen passiven Verhalten der Hauptpartei, folglich auch aus ihrem Versäumen der für die Einlegung von Rechtsmitteln vorgeschriebenen Nothfristen, kann daher ein Widerspruch mit den Prozeßhandlungen des Nebenintervenienten nicht abgeleitet werden; ein solcher ist vielmehr erst dann vorhanden, wenn die Hauptpartei durch positive Erklärungen oder durch positives Thun, wie z. B. ausdrücklichen Verzicht auf Rechtsmittel, Zahlung der eingeklagten Schuld, den Handlungen des Nebenintervenienten entgegentritt. Die Geltendmachung eines Rechtsmittels durch den Nebenintervenienten allein ist daher für zulässig zu erachten. (So auch das R. G., Entsch. Bd. 10 Nr. 123 und die überwiegende Mehrzahl der Kommentatoren: v. Wilmowsky und Levy 4. Aufl. S. 91; Struckmann und Koch 4. Aufl. S. 64, 65; Seuffert 2. Aufl. S. 88; Petersen 2. Aufl. S. 126.) Urtheil des O. L. G. zu Celle vom 1. Dezember 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 149 S. 213.

7. **Einem Nebenintervenienten steht zur Einlegung eines Rechtsmittels nur die Frist der Hauptpartei zu Gebote, und hat derselbe hierfür nicht eine eigene, mit der an ihn oder durch ihn selbst bewirkten Zustellung des Urtheiles beginnende Frist.** Die Betheiligung des Nebenintervenienten an dem Rechtsstreite beruht zwar auf einem kraft seines rechtlichen Interesses an dem Ausfalle der Sache ihm zustehenden eigenen Rechte, sie findet aber nach § 63 C. P. O. nur statt zum Zwecke der Unterstützung der Partei, welcher er wegen seines Interesses an ihrem Obsiegen beigetreten ist. Die Civilprozeßordnung gibt ihm — abgesehen von dem Falle des § 66 — nicht die Stellung eines Streitgenossen der unterstützten Hauptpartei. Der Nebenintervenient hat in dem Rechtsstreite nicht für sich selbst zu handeln; sein eigenes Recht besteht nach dem bezeichneten alleinigen Zwecke seiner Betheiligung nur darin, daß er in dem Umfange der ihm durch den § 64 a. a. O. beigelegten Befugnisse für die Hauptpartei in Art eines Gehilfen oder Beistandes derselben handeln darf. Daraus folgt, daß seine prozessualischen Befugnisse niemals weiter reichen können, als die eigenen Befugnisse der Hauptpartei und insbesondere, daß wenn und nachdem die Hauptpartei des Rechtes zur Vornahme einer Prozeßhandlung bereits verlustig geworden ist, diese Handlung auch nicht mehr durch den Nebenintervenienten für sie vorgenommen werden kann. Bei der dem Nebenintervenienten aus § 64 a. a. O. zustehenden Befugniß, für die Hauptpartei alle Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen, sofern er sich nur hierdurch nicht mit eigenen Erklärungen und Handlungen derselben in Widerspruch setzt, befindet er sich auch im Stande, eine der Hauptpartei gesetzte Frist bei eigener Unthätigkeit derselben dadurch für sie zu wahren, daß er die innerhalb der Frist vorzunehmende Prozeßhandlung vor Ablauf derselben vornimmt; ist aber eine der Hauptpartei gesetzte Nothfrist weder von ihr selbst, noch auch von ihrem Nebenintervenienten benutzt worden, so kann die nach dieser Fristversäumung ihr selbst nicht mehr zustehende Prozeßhandlung auch nicht mehr durch eine andere, für sie handelnde Person und folglich auch nicht durch den Nebenintervenienten wirksam nachgeholt werden.

Digitized by Google

(Ebenso ist erkannt vom IV. Civilsenate des Reichsgerichtes in einem Urtheile vom 29. März 1882 (mitgetheilt in Gruchot, Beiträge Bd. 27 S. 1065 und Juriſt. Wochenschr. 1883 S. 156), und vom Oberlandesgerichte Rostock (Seuffert, Archiv Bd. 40 Nr. 56); entgegengesetzter Meinung sind: Oberlandesgericht Dresden (Anm. Bd. 2 S. 366), der oberste Gerichtshof für Bayern (Seuffert, Archiv Bd. 39 Nr. 136) und Wach, Civilprozeßordnung Bd. 1 S. 643 ff.). **Ist demnach die Einlegung eines Rechtsmittels durch den Nebenintervenienten nur innerhalb der Rechtsmittelfrist seiner Hauptpartei zulässig, so folgt hieraus auch weiter, daß es einer Zustellung des Urtheiles an den Nebenintervenienten nicht bedarf.** Aus der Vorschrift des § 68 Abs. 3 C. P. O. über die Zuziehung des Nebenintervenienten in dem Hauptverfahren ist nur zu entnehmen, daß derselbe zu allen Verhandlungen geladen werden muß. Ist ihm an dem Besitze einer Ausfertigung oder Abschrift des Urtheiles gelegen, so kann er dieselbe selbst von der Gerichtsschreiberei entnehmen. (R. G. 8. VII. 87.) R. C. XVIII. (97.) 416—418.

8. **Wenn die Hauptpartei die Nothfrist unbenutzt verstreichen läßt, so ist kein Verzicht derselben auf das Rechtsmittel anzunehmen.** (R. G. 30. XI. 83.) R. C. X. (123.) 398.

§ 65.

§ 65.

Der Nebenintervenient wird im Verhältnisse zu der Hauptpartei mit der Behauptung nicht gehört, daß der Rechtsstreit, wie derselbe dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei; er wird mit der Behauptung, daß die Hauptpartei den Rechtsstreit mangelhaft geführt habe, nur insoweit gehört, als er durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden ist, Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welche ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind.

Der Abzitat wird nicht Streitgenosse der streitverkündenden Partei. (R. G. 4. X. 84.) U. u. A. I. (56.) 107 f.

§ 66.

§ 66.

Insofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozesse erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältniß des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist, gilt der Nebenintervenient im Sinne des § 58 als Streitgenosse der Hauptpartei.

1. **Auch in dem Fall des § 66 der C. P. O. ist der Nebenintervenient nicht wirklicher Streitgenosse.** Die Aufgabe des Nebenintervenienten ist nur die, der Partei, welcher er beigetreten ist, zum Siege zu verhelfen. Er ist nicht Partei und kann weder siegen, noch verurtheilt werden. Auch der § 66 der C. P. O. führt nicht zu einem anderen Ergebniß. Wenn man auch annehmen könnte, daß „nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozeß (z. B. gegen Bürgen) erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältniß des Nebenintervenienten (z. B. des Hauptschuldners) von Wirksamkeit ist", so folgt doch aus § 66 nicht, daß der Nebenintervenient in dem Prozeß, in welchem er intervenirt, Partei, wirklicher Streitgenosse ist, denn Streitgenossen sind nach §§ 56, 57 der C. P. O. diejenigen, welche gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden; die Rechtshängigkeit wird nach § 235 durch Erhebung der Klage begründet; gegen den Hauptschuldner ist aber in dem

Digitized by Google

Prozeß gegen die Bürgen die Klage nicht erhoben. Der § 66 bestimmt in dem dort vorgesehenen Fall nur, daß der Nebenintervenient als Streitgenosse der Partei gilt (d. h. wie ein solcher behandelt wird) und zwar im Sinne des § 58, d. h. mit der Wirkung, daß, während der Nebenintervenient der Regel nach mit den Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei nicht in Widerspruch treten darf (§ 64), der Nebenintervenient des § 66 nach § 58 in seinen Handlungen von der Hauptpartei unabhängig ist. Urtheil des Reichsgerichts v. 19. März 1884. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 341 S. 469. 470.

2. **Der Nebenintervenient wird nicht schon als solcher wirklicher Streitgenosse derjenigen Hauptpartei, welcher er beigetreten ist, sondern nur beim Vorhandensein einer bestimmten Voraussetzung. Die Streitgenossenschaft ist bei ihm dadurch bedingt, daß die im Hauptprozesse zu erwartende Entscheidung auch das Verhältniß zwischen dem Gegner der betreffenden Hauptpartei und dem Nebenintervenienten nach materiellem Rechte rechtskräftig fixiren würde.** Mit anderen Worten, es handelt sich um solche Fälle, in denen ungewöhnlicher Weise die Wirkung des Urtheils über die eigentlichen Parteien hinaus materiellrechtlich sich auf einen Dritten erstreckt. Welche Fälle hierher gehören, bestimmt sich nach dem bürgerlichen Rechte (vgl. Endemann, Civilprozeß Bd. 1 S. 344). Als Beispiele mögen folgende Fälle bezeichnet werden: Hat der Gläubiger bei Belangung des Hauptschuldners den Bürgen mit vorladen lassen, so steht nach § 311 Th. I Tit. 14 des Allgem. L. R. das gegen den Ersteren ergangene Urtheil auch dem Letzteren entgegen. Was ferner in dem Prozesse eines Nachlaßgläubigers gegen die Erben erkannt wird, müssen nach § 298 Thl. I Tit. 12 des Allgem. L. R. auch die Legatarien gegen sich gelten lassen (vgl. Förster, Privatrecht III. Aufl., Bd. 1 § 56 S. 280, 281; Struckmann und Koch, C. P. O. Anm. 1 und 2 zu § 66; v. Sarwey, C. P. O. zu § 66). Daß die R. C. P. O. in der Regel den Nebenintervenienten nicht als Prozeßpartei im begrifflichen Sinne einer solchen betrachtet, ergibt sich auch aus dem § 96 a. a. O., welcher bezüglich der Kostentragungspflicht zwischen demjenigen Nebenintervenienten, der nach § 66 als Streitgenosse der Hauptpartei gilt, und demjenigen, bei welchem dies nicht der Fall ist, einen wesentlichen Unterschied macht. Auch der § 414 macht einen solchen Unterschied, indem es in dem zweiten Satze desselben heißt: „Die Zuschiebung oder Zurückschiebung (eines Eides nämlich) an einen Nebenintervenienten findet nur statt, wenn dieser als Streitgenosse der Hauptpartei anzusehen ist (§ 66)." **Wo der Fall des § 66 nicht vorliegt, ist der Nebenintervenient nur als Assistent der Hauptpartei zu betrachten,** dessen Erklärungen und Handlungen (§ 64) mit den Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei nicht im Widerspruche stehen dürfen. Der Nebenintervenient dient nur den Zwecken der Hauptpartei und wird nur in Ansehung des Prozeßbetriebes wie ein Streitgenosse insofern behandelt, als er in gleicher Weise, wie ein solcher, geladen und bezw. zu den Verhandlungen zugezogen wird (vgl. v. Sarwey, C. P. O. S. 132; Endemann, C. P. O. S. 340; Struckmann u. Koch, C. P. O. II. Aufl. S. 51). Aus den vorstehenden Ausführungen **folgt** mit Nothwendigkeit, **daß es der Zustellung des Urtheils an einen Nebenintervenienten der Regel nach nicht bedarf; das Urtheil wird nur der**

Digitized by Google

Partei bezw. deren Anwalte zugestellt. (R. G. 29. III. 83.) A. VII. (174.) 567—570.

3. **Auch, wenn die Nebenintervenienten auf Grund der §§ 66 und 58 C. P. O. als Streitgenossen in Betracht kommen, so haben sie dennoch die Eigenschaft und Stellung von Nebenintervenienten nicht verloren,** vielmehr diese jedenfalls insofern beibehalten, als sie für die Partei, welcher sie beigetreten sind, handeln (§ 64 C. P. O.), und deren Handlungen, welche mit den Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei nicht im Widerspruche stehen, auch als für diese geschehen zu gelten haben. (Zu solchen Handlungen gehört auch die Zustellung des Urtheiles an die Gegenpartei.) (R. G. 28. I. 87.) R. C. XVII. (102.) 411.

4. **Wenn ein Gläubiger wegen einer ihm zur Einziehung überwiesenen gepfändeten Geldforderung dem Berechtigten in seinem Streite gegen den Schuldner zur Unterstützung beitritt, ist er zugleich als Streitgenosse desselben zu betrachten.** (B. O. L. 14. X. 82.) S. IX. (238.) 697 ff.

5. **Zur Wahrung eines von dem Gegner eingelegten Rechtsmittels muß die Zustellung des betreffenden Schriftsatzes an beide Betheiligte bei Vermeidung der Unzulässigkeits-Annahme rechtzeitig erfolgen.** (B. O. L. 14. X. 82.) S. hierüber bei § 58 S. IX. (238.) 699.

§ 67.

§ 67.

Der Beitritt des Nebenintervenienten erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muß enthalten:

1. die Bezeichnung der Parteien und des Rechtsstreits;
2. die bestimmte Angabe des Interesses, welches der Nebenintervenient hat;
3. die Erklärung des Beitritts.

Außerdem finden die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze Anwendung.

§§ 152, 458, 462.

1. **Die Vorschriften des § 67 C. P. O. sind,** wie sich aus den Bestimmungen des § 68 a. a. O. ergibt, **lediglich dispositiver Natur, und darf der Richter eine Nebenintervention nicht von Amts wegen zurückweisen. Hat nun eine Partei der Zulässigkeit der Nebenintervention widersprochen und dadurch eine Entscheidung über die Zulässigkeit nothwendig gemacht, ihr Widerspruch stützt sich aber lediglich darauf, daß der Nebenintervenient kein rechtliches Interesse an dem obschwebenden Rechtsstreite habe, so hat der Richter bei dieser Art der Begründung sich auf die Prüfung der Frage zu beschränken, ob die von der Hauptpartei bestrittene materielle Voraussetzung einer Nebenintervention hier vorliegt, er darf aber nicht von Amts wegen die Frage erörtern, ob die Nebenintervention in der gehörigen Form eingelegt sei.** Es folgt dies aus der dispositiven Natur der hier in Rede stehenden Bestimmungen, da, wenn es der Willkür der Parteien unterliegt, ob sie überhaupt Widerspruch gegen eine der Voraussetzungen des § 67 a. a. O. ermangelnde Nebenintervention erheben wollen, es auch ihrem Ermessen überlassen bleiben muß, ihren Widerspruch ausschließlich auf einen der mehreren vorliegenden Mängel zu stützen. Wenn die Hauptpartei ihren Widerspruch lediglich auf das Fehlen der materiellen Voraussetzung der Nebenintervention gründet, dagegen die mangelnde Form der Zustellung nicht rügt, so widerstreitet die von Amts wegen erfolgte Berücksichtigung eines Formfehlers auch überdies zugleich der Vorschrift des § 267 C. P. O. dann, wenn der Mangel der Hauptpartei

Digitized by Google

bekannt war, weil unter diesen Umständen die Unterlassung einer Rüge dem bei der dispositiven Natur der fraglichen Bestimmungen zulässigen Verzichte auf die Befolgung der formellen Vorschriften des § 67 a. a. O. gleichsteht. (R. G. 15. I. 86.) R. C. XV. (109.) 397. 398. (S. auch Beschluß des Reichsgerichts vom 15. Januar 1886 in S. A. XLI. bezw. XI. (223.) 348.)

2. **Wenn nicht ausdrücklich erwähnt ist, wem der Schriftsatz zuzustellen ist,** so kann es doch — im Hinblick auf das nach § 68 beiden Parteien zustehende Widerspruchsrecht gegen die Nebenintervention — nicht dem mindesten Zweifel unterliegen und wird auch in der Literatur ganz allgemein anerkannt, daß die Zustellung an beide Parteien erfolgen muß. **Solange die Nebenintervention nicht in dieser gesetzlich vorgeschriebenen Form geschehen ist, liegt keine Nebenintervention vor.** Beschluß des O. L. G. zu Hamburg v. 29. August 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (59.) 93.

3. **Die Zustellung des Interventionsschriftsatzes ist nicht** — wie die des Ber.- oder Rev.-Schriftsatzes — **als ein sakramentales Formale anzusehen,** auf welches die Partei, welcher zugestellt werden soll, nicht verzichten könnte (a. M. Wilmowsky u. Levy, Komm. zur C. P. O. Ausg. 3 § 67 Anm. 8). Beschluß des O. L. G. zu Hamburg v. 29. August 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (59.) 93.

4. Jede Nebenintervention beginnt mit dem Zwischenstreit über ihre Zulässigkeit, mag derselbe nun wirklich kontradiktorisch verhandelt und durch Zwischenurtheil entschieden werden, oder mag er durch ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung der Hauptparteien zu der Zulassung der Intervention seine Erledigung finden. **Solange aber eine Zustellung des Interventionsschriftsatzes an eine Partei nicht erfolgte, ist der Zwischenstreit über die Zulässigkeit der Nebenintervention gegen sie nicht erhoben,** und solange für sie Niemand aufgetreten ist als der Nebenintervenient, also ihr Gegner in diesem Zwischenstreit, kann sie als in demselben gehörig vertreten nicht angesehen werden. Der Mangel der gehörigen Vertretung einer Partei ist aber von Amts wegen zu berücksichtigen (§§ 54, 542 Z. 4 der C. P. O.), und es kann somit nicht in Betracht kommen, daß der Beklagte die nicht geschehene Zustellung des Schriftsatzes an ihn nicht gerügt hat. Beschluß des O. L. G. zu Hamburg v. 29. August 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (59.) 94.

5. **Der Interventionsschriftsatz ist beiden Parteien zuzustellen; diese Vorschrift unterliegt aber dem Verzicht.** Beschluß des Reichsgerichts v. 15. Jan. 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (223.) 347.

6. **Der Schriftsatz, durch dessen Zustellung der Beitritt erfolgt, darf nicht von dem Prozeßbevollmächtigten der unterstützten Partei unterzeichnet werden,** weil eine Zustellung an die zustellende Person selbst mit dem Begriff der Zustellung unvereinbar erscheint. Beschluß des Reichsgerichts v. 15. Jan. 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (223.) 347.

7. **Ziff. 2. Eine bestimmte Angabe des Interesses, welches der Nebenintervenient hat, kann in der im Rubrum des betr. Schriftsatzes vorkommenden Bezeichnung des Nebenintervenienten als Vormünder ad hoc erblickt werden.** (R. G. 22. IV. 82.) R. C. X. (32.) 114.

8. **Ziff. 3. Eine Erklärung des Beitritts liegt in der Ankündigung, den Antrag stellen zu wollen, daß die Klage abgewiesen werde.** (R. G. 22. IV. 82.) R. C. X. (32.) 114.

Digitized by Google

§ 68.

§ 68.

Ueber den Antrag auf Zurückweisung einer Nebenintervention wird nach vorgängiger mündlicher Verhandlung unter den Parteien und dem Nebenintervenienten entschieden. Der Nebenintervenient ist zuzulassen, wenn er sein Interesse glaubhaft macht. Gegen das Zwischenurtheil findet sofortige Beschwerde statt.

So lange nicht die Unzulässigkeit der Intervention rechtskräftig ausgesprochen ist, wird der Intervenient im Hauptverfahren zugezogen.

§ 540. Ger. K. G. § 27 Nr. 1. R. A. G. O. § 23.

1. **Abs. 1. Nach den Grundsätzen der C. P. O. stellt sich der Streit über die Zulässigkeit der Nebenintervention im Verhältnisse zur Hauptsache als ein Zwischenstreit — § 275 C. P. O. — dar, der den Nebenintervenienten und die widersprechende Partei des Hauptprozesses berührt. Die Entscheidung desselben bildet ein Zwischenurtheil — § 68 a. a. O. — und das Gesetz macht hierbei keinen Unterschied, ob dieselbe mit der Entscheidung in der Hauptsache verbunden ist, oder eine getrennte Verhandlung und Entscheidung stattfindet.** (R. G. 2. I. 83.) R. C. X. (99.) 339.

2. Wenn es sich um die Vorfrage handelt, ob die Nebenintervention zuzulassen ist, so steht jeder der Parteien, auch der vom Intervenienten zu unterstützenden, ein Widerspruchsrecht gegen den Intervenienten zu, auf Grund dessen über die Zulassung der Nebenintervention im Wege eines Zwischenstreits kontradiktorisch zu verhandeln ist (§ 68), wobei der Intervenient und die von ihm zu unterstützende Partei sich als Gegner einander gegenüberstehen. Da nun in einem kontradiktorischen Verfahren die eine Partei nicht durch die andere vertreten sein kann, so **kann** auch der **Nebenintervenient niemals für den die Zulässigkeit der Nebenintervention betreffenden Zwischenstreit Vertreter einer Hauptpartei**, also seines Gegners für diesen Zwischenstreit, **sein, noch auch** auf Grund einer für den Hauptprozeß ihm ertheilten Vollmacht als legitimirt erachtet werden, den Zwischenstreit durch einen zu seinen eigenen Gunsten namens einer Hauptpartei erklärten Verzicht auf das dieser zustehende Widerspruchsrecht zu erledigen oder in ihrem Namen **zu verzichten auf die Zustellung des Interventionsschriftsatzes**, durch welche der Zwischenstreit eingeleitet wird und durch welchen die Partei erst Gelegenheit erhält, in dem Zwischenstreit ihre Rechte wahrzunehmen. Beschluß des O. L. G. zu Hamburg v. 29. Aug. 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (59.) 94.

3. **Gegen den geladenen, aber nicht erschienenen Nebenintervenienten ist ein Versäumnißurtheil nicht zu erlassen, wenn die Hauptpartei erschienen ist.** Nach der rechtlichen Natur der Stellung des Nebenintervenienten hat dieser im Falle seines Nichterscheinens als durch die erschienene Hauptpartei vertreten zu gelten. (R. G. 15. X. 84.) R. C. XV. (125.) 429. 430.

4. **Abs. 2.** Die Entscheidung über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Nebenintervention ist nach § 68 Abs. 2 C. P. O. durch Zwischenurtheil zu treffen, gegen welches die sofortige Beschwerde stattfindet, die Revision ist gegen ein Zwischenurtheil nicht statthaft. **Ist die Unzulässigkeit der Nebenintervention in einem Endurtheile ausgesprochen, so kann hiermit an der gesetzlich festgestellten prozessualen Natur dieser Entscheidung nichts geändert werden; dieselbe erscheint auch in einem**

Digitized by Google

solchen Falle als ein nur im Wege der sofortigen Beschwerde anfechtbares Zwischenurtheil. (R. G. 19. II. 86.) R. C. XV. (115.) 413.

5. **Die Vorschrift des § 68 Abs. 2 C. P. O. findet auch dann Anwendung, wenn die Zulässigkeit der Nebenintervention nicht in einem besonderen Zwischenurtheile ausgesprochen, sondern die Entscheidung mit dem Endurtheile in der Hauptsache verbunden ist.** Diese lediglich äußere Verbindung ändert aber an dem Charakter der Entscheidung nichts, dieselbe bleibt ein Zwischenurtheil und immerhin ist die sofortige Beschwerde das allein zulässige Rechtsmittel (§ 68 C. P. O.) (vgl. Struckmann u. Koch, 5. Ausg. S. 73; Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 10 S. 339). (R. G. 3. V. 87.) R. C. XVIII. (26.) 140.

6. **Abs. 3. Das Urtheil muß dem Nebenintervenienten nicht zugestellt werden.** (R. G. 8. VII. 87.) R. C. XVIII. (97.) 416 ff. S. hierüber bei § 64.

7. Gerichtskostengesetz. Nach Nr. 27 Nr. 1 des Gerichtskostengesetzes sind, wenn der Akt die Zulässigkeit der Nebenintervention betrifft, drei Zehntel der Gebühr — §§ 18—24 — zu erheben, und der § 39 a. a. O. bestimmt, daß jede der im § 27 bezeichneten Streitigkeiten für die Gebührenerhebung als ein besonderer Rechtsstreit gilt. Diese letztere Vorschrift erläutern die Motive dahin, daß der Entwurf hier von dem Grundsatze, daß mit Anträgen und Gesuchen in einem anhängigen Prozesse der Regel nach kein neuer Rechtsstreit beginne, eine Ausnahme für die genannten Streitigkeiten schaffe, weil die in denselben anzusetzenden Gebühren anderen Personen, als den Prozeßparteien auferlegt werden könnten. **Hiernach muß die Gebühr des § 27 Nr. 1 a. a. O. zur Erhebung gelangen, mag über die Zulässigkeit der Nebenintervention in Verbindung mit der Hauptsache, oder getrennt von derselben verhandelt und entschieden werden.** Zu diesem Resultate führt auch noch folgende Erwägung. Der § 26 des Gerichtskostengesetzes bestimmt ausdrücklich, daß die Gebühr desselben nur erhoben wird, wenn der Akt Streitigkeiten der dort angegebenen Art ausschließlich betrifft, und der § 28 a. a. O. knüpft hieran die Folgerung, daß, wenn für gleiche Akte die volle Gebühr und die Gebühr des § 26 zusammentreffen, die erstere allein zur Erhebung kommt. Der § 27 a. a. O. enthält jene Beschränkung des § 26 nicht —, und kann daher auch eine Absorption der Gebühr desselben im Falle des Zusammentreffens mit der vollen Gebühr nicht angenommen werden. (R. G. 2. I. 83.) R. C. X. (99.) 339. 340.

III. Streitverkündung.

(§§ 69—72.)

§ 69. **§ 69.**

Eine Partei, welche für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt, kann bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits dem Dritten gerichtlich den Streit verkünden.

Der Dritte ist zu einer weiteren Streitverkündung berechtigt.

Digitized by Google

1. **Die Streitverkündung erzeugt bei dem Mangel einer Ladung keine Rechtshängigkeit** (§§ 235. 239 C. P. O.). Wenn der Streitverkünder mit der Streitverkündung nach Maßgabe des § 70 C. P. O. auch eine Ladung zu dem Termine zustellen läßt, so ist dies nur eine faktische, keine rechtliche Möglichkeit, und wenn der Streitverkünder davon Gebrauch machen würde, so stände dies mit dem Wesen der Streitverkündung nach §§ 69—71 C. P. O. in vollstem Widerspruche, indem die Streitverkündung nur eine gerichtliche Benachrichtigung über die Möglichkeit eines Anspruches des Streitverkünders an den Streitverkündeten („Grund der Streitverkündung"), sowie über die Lage des Rechsstreites, also auch von der Anberaumung eines Termines enthält, nicht aber darin der Anspruch selbst geltend gemacht wird, also eine Ladung des Streitverkündeten umsomehr ausgeschlossen erscheint, als davon in § 50 keine Rede und die Ladung mit der in § 71 dem Streitverkündeten gewährten Freiheit unvereinbar ist. (Vgl. Entsch. d. R. G.'s in Civils. Bd. 4 Nr. 99 S. 363.) **Die mit der Streitverkündung verbundene Ladung ist daher rechtsungültig und zur Unterbrechung der Verjährung nicht geeignet.** Die Civilprozeßordnung verbindet die Wirkung einer Ladung, welche der art. 2244 Code civil erheischt, zunächst mit der Erhebung der Klage (§§ 230. 239) und stellt in §§ 190. 254. 461 Abs. 2. 471 gewisse andere Akte der Klagerhebung gleich, aber darunter ist die Streitverkündung nicht genannt und konnte nicht genannt werden, weil es mit dem Wesen der Streitverkündung nach Maßgabe der Civilprozeßordnung unvereinbar ist. Hiergegen läßt sich auch nichts aus der Wirkung der Streitverkündung nach Maßgabe von § 71 Abs. 3 mit § 65 C. P. O. einwenden; denn selbst bei Annahme einer Art von Rechtskraft des betreffenden Urtheils gegenüber dem Streitverkündeten bezieht sich dies nur auf die dort entschiedenen Fragen, nicht aber auf die Regreßpflicht des Streitverkündeten gegenüber dem Streitverkünder, welche gemäß § 69 C. P. O. nur den Anlaß zur Streitverkündung bildet, nicht aber Gegenstand des Prozesses und der Entscheidung ist. **Eine Ausnahme hiervon macht Art. 80 der Wechselordnung.** Aus § 13 Abs. 3 des Einführungsgesetzes zur C. P. O. (und § 3 des Einführungsgesetzes zur Reichskonkursordnung) folgt allerdings, daß die Vorschrift des Art. 80 W. O., wonach auch die vom Beklagten geschehene Streitverkündung an einen Regreßpflichtigen eine Unterbrechung der Wechselverjährung bewirkt, in Geltung geblieben ist. Bei Erlassung der Wechselordnung und ihres Art. 80 war der Mehrzahl der geltenden Landesgesetze eine derartige Wirkung der Streitverkündung unbekannt, und dennoch ist aus Rücksicht auf die praktischen Bedürfnisse des Wechselverkehres jene Bestimmung des Art. 80 in das Gesetz aufgenommen worden. Die gleichen legislatorischen Gründe machen erklärlich, daß jene Vorschrift beibehalten worden ist, obgleich die Civilprozeßordnung eine derartige Wirkung der Streitverkündung nicht kennt. Der Art. 80 W. O. ist im Interesse des Wechselverkehrs erlassen. Daraus ergibt sich von selbst, daß die darin enthaltene Vorschrift über Unterbrechung der Verjährung durch Streitverkündung des Beklagten sich als eine Spezialbestimmung des Wechselrechtes darstellt, die auf ihr Gebiet beschränkt werden muß, einer analogen Ausdehnung auf andere, wenn auch ähnliche Rechtsverhältnisse nicht fähig ist und am wenigsten generalisirt werden darf, zu-

Digitized by Google

mal sie nicht von der Streitverkündung im allgemeinen, sondern nur von jener des Beklagten handelt. (R. G. 13. XI. 83.) R. C. X. (84.) 290—294.

2. **Die Streitverkündung muß, wo sie zur Erhaltung des dem Käufer zustehenden Regresses erforderlich ist, vom Käufer selbst vollzogen werden,** mag auch der Prozeß, welcher ihm den Kaufgegenstand zu entziehen droht, für seine Rechnung formell von einem Anderen geführt werden. (R. G. 26. IX. 83.) R. C. X. (46.) 171.

3. **Anwaltsgebühren bei einer Litisdenuntiation; Berechnung derselben.** (R. G. 3. XI. 80.) Siehe hierüber R. C. IV. (99.) 364. 365.

§ 70. **§ 70.**

Die Streitverkündung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem der Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreits anzugeben ist.

Abschrift des Schriftsatzes ist dem Gegner mitzutheilen.

§§ 152 ff.

1. Die Streitverkündung enthält nur eine gerichtliche Benachrichtigung über die Möglichkeit eines Anspruches des Streitverkünders an den Streitverkündeten („Grund der Streitverkündung"), sowie über die Lage des Rechtsstreits, also auch von der Anberaumung eines Termins, nicht aber wird der Anspruch selbst geltend gemacht. **Eine Ladung des Streitverkündeten erscheint** also um so mehr **ausgeschlossen,** als davon im § 70 keine Rede ist und die Ladung mit der in § 71 dem Streitverkündeten gewährten Freiheit unvereinbar ist" (vgl. Annalen Bd. III. S. 106; Entsch. Bd. IV. S. 363). (R. G. 13. XI. 83.) A. IX. (21.) 85.

2. Die Streitverkündung erfolgt nach § 70 Abs. 1 durch Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem der Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreites anzugeben ist; also **ist** darin **auch von dem für die Hauptsache angesetzten Termine zur mündlichen Verhandlung Mittheilung zu machen.** Ein mehreres hat der Litisdenuntiant, um sich seinen etwaigen Regreß zu wahren, nicht nöthig; **es bleibt dem Litisdenuntiaten überlassen, ob er etwa als Nebenintervenient in der Form des § 67 C. P. O. dem Prozesse beitreten will.** (R. G. 3. XI. 80.) R. C. IV. (99.) 363. A. III. (32.) 110. Siehe hierüber auch bei § 69 ad R. C. X. (84) 290—294. (R. C. VI. (121.) 391.)

3. **Die Streitverkündung erzeugt** bei dem Mangel einer Ladung jedenfalls **keine Rechtshängigkeit** (R. C. P. O. §§ 235. 239.) (R. G. 13. XI. 83.) A. IX. (21.) 84. S. hierüber bei § 239 ad A. IX. (21.) 85.

4. **Anwaltsgebühren bei einer Litisdenuntiation; Berechnung derselben.** (R. G. 3. XI. 80.) R. C. IV. (99.) 364. 365. A. III. (32.) 110—112.

§ 71. **§ 71.**

Wenn der Dritte dem Streitverkünder beitritt, so bestimmt sich sein Verhältniß zu den Parteien nach den Grundsätzen über die Nebenintervention.

Lehnt der Dritte den Beitritt ab, oder erklärt er sich nicht, so wird der Rechtsstreit ohne Rücksicht auf ihn fortgesetzt.

In allen Fällen dieses Paragraphen kommen gegen den Dritten die Vorschriften des § 65 mit der Abweichung zur Anwendung, daß statt der Zeit des Beitritts diejenige Zeit entscheidet, zu welcher der Beitritt in Folge der Streitverkündung möglich war.

§§ 64 ff.

Der Beitritt des Streitverkündeten zum Prozesse geschieht nach § 71 Abs. 1, vgl. mit § 67 C. P. O. durch Zustellung eines Schriftsatzes. (R. G. 15. II. 82.) R. C. VI. (121.) 391.

Digitized by Google

§ 72.

§ 72.

Wird von dem verklagten Schuldner einem Dritten, welcher die geltend gemachte Forderung für sich in Anspruch nimmt, der Streit verkündet, und tritt der Dritte in den Streit ein, so ist der Beklagte, wenn er den Betrag der Forderung zu Gunsten der streitenden Gläubiger gerichtlich hinterlegt, auf seinen Antrag aus dem Rechtsstreit unter Verurtheilung in die durch seinen unbegründeten Widerspruch veranlaßten Kosten zu entlassen und der Rechtsstreit über die Berechtigung an der Forderung zwischen den streitenden Gläubigern allein fortzusetzen. Dem Obsiegenden ist der hinterlegte Betrag zuzusprechen und der Unterliegende auch zur Erstattung der dem Beklagten entstandenen, nicht durch dessen unbegründeten Widerspruch veranlaßten Kosten, einschließlich der Kosten der Hinterlegung, zu verurtheilen.

Ger. K. G. § 26 Nr. 3. R. A. G. O. § 20.

1. **Der § 72 setzt voraus, daß der von einem Gläubiger verklagte Schuldner einem zweiten Forderungsprätendenten den Streit verkündet hat, daß der letztere in den Streit eintritt, und der den Betrag der Forderung zu Gunsten der streitenden Gläubiger gerichtlich hinterlegende Schuldner auf seinen Antrag aus dem Rechtsstreite entlassen ist.** (R. G. 18. X. 82.) R. C. VII. (126.) 419.

2. **Verurtheilung des Intervenienten zu Prozeßzinsen von dem in Folge einer Streitverkündung gemäß § 72 der C. P. O. hinterlegten Forderungsbetrage.** Ist der Anspruch, welchen der Intervenient erhoben hat, unbegründet, so ist er mit Unrecht in den Prozeß eingetreten und hat mit Unrecht verhindert, daß z. B. der Kläger den vollen Betrag, welchen ihm Beklagter hat zahlen wollen und nur um deßwillen nicht gezahlt hat, weil Intervenient seinerseits Ansprüche erhob, hat erlangen können; er hat also dem Kläger auch die Zinsen zu ersetzen. Allerdings sind die Zinsen nicht ein Accessorium des Hauptgegenstandes, welchen Kläger von dem Intervenienten fordert, aber der Anspruch auf Zahlung der Zinsen ist ein Nebenanspruch im Verhältniß zu dem Hauptanspruch, welchen Kläger nach § 72 der C. P. O. gegen den Intervenienten erheben darf. Da dem Obsiegenden der hinterlegte Betrag zuzusprechen ist, so ist daraus zu entnehmen, daß im Sinne des § 72 dessen Anspruch gegen den Unterliegenden eben darauf gerichtet war, der Unterliegende solle dem Obsiegenden den hinterlegten Betrag überlassen, wie umgekehrt der Anspruch des Unterliegenden gegen den Obsiegenden auf denselben Zweck gerichtet war. Beide Theile führen den Rechtsstreit über die Berechtigung an der Forderung und folgeweise, da der der Forderung entsprechende Geldbetrag zu Gunsten der streitenden Gläubiger hinterlegt ist, über die Berechtigung auf den hinterlegten Geldbetrag. Jede von beiden Parteien darf von der anderen Ersatz desjenigen Schadens, welcher ihr in Folge des unberechtigten Widerspruchs dadurch erwächst, daß ihr der Geldbetrag im Lauf des Prozesses vorenthalten bleibt, soweit ihr ein solcher Schadensanspruch zusteht, in eben dem Prozeß verlangen, in welchem der Hauptanspruch verfolgt wird. Das gehört zu den Nebenforderungen an Früchten, Nutzungen, Schäden, welche in der C. P. O. §§ 4. 240. 279 erwähnt werden. Daß sich Kläger und Intervenient nicht von Anfang an als Prozeßparteien gegenübergestanden haben, sondern erst in Folge der Streitverkündung und des darauf erfolgten Eintritts des Intervenienten in den Prozeß gegenübergetreten sind, kann das Sachverhältniß in der hier gedachten Beziehung nicht ändern; nachdem der Intervenient in den Prozeß als Partei eingetreten ist, kann Kläger von ihm fordern, was in

Digitized by Google

einem anderen Prozeß von der Gegenpartei um deßwillen, weil dieſe den Prozeß führt, gefordert werden darf. Daß in § 72 die Schäden und Zinſen nicht erwähnt ſind, iſt kein Grund dafür, daß dieſelben in dieſem Prozeß nicht gefordert werden dürfen. Was aber das Recht des Klägers auf Zinſen anlangt, ſo hat allerdings Intervenient das Geld nicht während des Prozeſſes genutzt; er iſt nicht in derſelben Lage wie ein Schuldner, welcher erſt nach dem Urtheil zahlt, was er hätte bei Beginn des Prozeſſes zahlen müſſen. Es verſagt daher im vorliegenden Fall einer der beiden Gründe, auf welche der Anſpruch auf Zuerkennung von Prozeßzinſen gewöhnlich geſtützt wird (Savigny Syſtem Bd. 6 S. 134; Windſcheid Pand. § 124; vgl. fr. 17 § 1 de R. V. 6. 1). Und ebenſowenig wird ſich für den Intervenienten der andere Grund einer Verſchuldung oder eines Verzuges feſtſtellen laſſen. Dennoch erſcheint die Zuerkennung der Zinſen gerecht. Denn der Kläger würde, wenn der Intervenient ſeinen Anſpruch nicht erhoben hätte, entweder ſofort nach Erhebung der Klage durch Zahlung des Beklagten in den Beſitz der geforderten Geldſumme gelangt ſein, oder der Beklagte hätte ihm die Zinſen ſeit jener Zeit zahlen müſſen. Die Intervention des Streitverkündeten iſt die einzige Urſache davon, daß dem Kläger die Zinſen oder die Nutzung des Geldes entzogen geblieben iſt. Es iſt durchaus nicht unbillig, daß dem Intervenienten der Nachtheil, welcher dem Kläger durch dieſen Eintritt des Intervenienten erwachſen iſt, zur Erſtattung auferlegt wird, wenn feſtſteht, daß ſeine Intervention rechtlich unbegründet war (vgl. fr. 33 de dolo malo 4, 3), wie denn ebenſo Intervenient einen Anſpruch auf Zuerkennung von Zinſen gegen den Kläger für den Fall hätte erheben dürfen, daß deſſen Widerſpruch gegen die Auszahlung des deponirten Betrages zu dem vom Intervenienten geforderten Betrage für unbegründet erachtet worden wäre. Urtheil des Reichsgerichts v. 21. März 1885. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 241 S. 351—353.

IV. Benennung des Auktors.

§ 73. **§ 73.**

Wer als Beſitzer einer Sache verklagt iſt, die er im Namen eines Dritten zu beſitzen behauptet, kann, wenn er dieſem vor der Verhandlung zur Hauptſache den Streit verkündet und ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung ladet, bis zu dieſer Erklärung oder bis zum Schluſſe des Termins, in welchem ſich der Benannte zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptſache verweigern.

Beſtreitet der Benannte die Behauptung des Beklagten oder erklärt er ſich nicht, ſo iſt der Beklagte berechtigt, dem Klagantrage zu genügen.

Wird die Behauptung des Beklagten von dem Benannten als richtig anerkannt, ſo iſt dieſer berechtigt, mit Zuſtimmung des Beklagten an deſſen Stelle den Prozeß zu übernehmen. Die Zuſtimmung des Klägers iſt nur inſoweit erforderlich, als derſelbe Anſprüche geltend macht, welche unabhängig davon ſind, daß der Beklagte im Namen eines Dritten beſitzt.

Hat der Benannte den Prozeß übernommen, ſo iſt der Beklagte auf ſeinen Antrag von der Klage zu entbinden. Die Entſcheidung iſt in Anſehung der Sache ſelbſt auch gegen den Beklagten wirkſam und vollſtreckbar

Ger. K. G. § 26 Nr. 3. R. A. G. O. § 20.

Digitized by Google

Vierter Titel.

Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

(§§ 74—86.)

I. Anwaltszwang.

(§§ 74. 75.)

§ 74.

§ 74.

Vor den Landgerichten und vor allen Gerichten höherer Instanz müssen die Parteien sich durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen (Anwaltsprozeß).

E. G. § 8.

Diese Vorschrift findet auf das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter sowie auf Prozeßhandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, keine Anwendung.

Ein bei dem Prozeßgerichte zugelassener Rechtsanwalt kann sich selbst vertreten.

1. Abs. 1. **Wenn verschiedene Abschnitte desselben Prozesses bei verschiedenen Gerichten zu erledigen sind, so kann bezüglich jeder einzelnen Prozeßhandlung nur dasjenige Gericht, vor welches diese Handlung gehört, als das Prozeßgericht im Sinne des § 74 angesehen werden.** (R. G. 29. IV. 80.) R. C. I. (156.) 432. A. II. (16.) 82.

2. **Auch im Anwaltsprozesse kann die Partei selbst das Urtheil erster Instanz dem gegnerischen Anwalte zustellen lassen.** (R. G. 22. I. 83.) S. hierüber bei § 288 ad A. VII. (84.) 276. 277.

3. Der sogenannte Anwaltszwang beruht auf der Vorschrift des § 74 Abs. 1 C. P. O., welcher sagt: „Vor den Landgerichten und vor allen Gerichten höherer Instanz müssen die Parteien sich durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen (Anwaltsprozeß)". **Es wird allgemein anerkannt, daß diese Vorschrift sich nicht bloß auf die mündliche Verhandlung des Rechtsstreites, sondern auch auf die sämmtlichen Schriftsätze der Parteien bezieht; streitig ist nur, ob dieselbe auch das Zustellungsverfahren beherrsche und zwar besonders in dem Sinne, daß im Anwaltsprozesse die Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher nur auf Grund eines von dem Anwalte ausgegangenen Auftrages rechtswirksam erfolgen könne.** Die verneinende Ansicht wird in einigen Urtheilen des R. G. (s. R. G. Bd. XVII. Nr. 100 S. 393) neben sonstigen, aus den Vorschriften über das Zustellungsverfahren entnommenen Gründen, hauptsächlich durch die Auffassung motivirt, daß die fragliche Gesetzesbestimmung nach ihren Worten „vor den Landgerichten" sich nur über die von dem erkennenden Gerichte zu führenden Verhandlungen ausspreche, ein Standpunkt, von welchem aus auch die Ausdehnung des Anwaltszwanges auf die außerhalb des Gerichtes unter den Parteien gewechselten Schriftsätze ausreichend gerechtfertigt wird durch deren die mündliche Verhandlung vorbereitende Bedeutung, durch die deßhalb getroffene Anordnung ihrer abschriftlichen Einreichung an das Gericht (§ 124), sowie auch durch die Vorschrift des § 121 Ziff. 6, daß im Anwaltsprozesse dieselben von dem Anwalte unterschrieben sein sollen. In betreff der Zustellung von Urtheilen wird außerdem noch besonders geltend gemacht, daß die für die Verhandlung des Rechtsstreites gegebene Vorschrift auf die Zustellung eines Urtheils deßwegen nicht bezogen werden könne, weil die Verhandlung in der Instanz bereits durch die Verkündung des Urtheiles beendigt sei. Ueberhaupt aber wird, im Anschlusse an den

Digitized by Google

Wortlaut des § 74 a. a. O. als der eigentliche Zweck des Anwaltszwanges nur die Sicherung eines geregelten (schriftlichen und mündlichen) Verkehres der Parteien mit dem erkennenden Gerichte angesehen. Die bejahende Meinung bezieht die Vorschrift des § 74 Abs. 1 auf die Gesammtheit des Verfahrens in der Instanz, auch des außergerichtlichen in seinem ganzen Umfange, und macht hierfür geltend, daß die Worte „vor den Landgerichten" ebenso, wie in der Ueberschrift des ersten Abschnittes des zweiten Buches der Civilprozeßordnung von dem landgerichtlichen Verfahren im Gegensatze zu dem amtsgerichtlichen Verfahren (Ueberschrift des 2. Abschnittes) verstanden werden müsse, was sich auch ergebe aus dem das Gebiet des Anwaltszwanges zusammenfassend bezeichnenden Ausdrucke „Anwaltsprozeß"; sie findet demnach in dieser Gesetzesstelle die Nothwendigkeit einer Vertretung der Partei durch einen Instanzanwalt ausgesprochen sowohl in aktiver als in passiver Hinsicht für alle innerhalb der Instanz vorzunehmenden und namentlich also auch für alle den Prozeßbetrieb bezweckenden Prozeßhandlungen und unter letzteren befaßt sie auch das Betreiben der Zustellungen. Auch in betreff der Zustellung von Urtheilen läßt sie eine Ausnahme nicht zu, nicht bloß wegen der mit derselben im Falle der Zulässigkeit von Rechtsmitteln verbundenen prozessualen Wirkung, sondern vor allem deßwegen, weil auch die Zustellung eines Urtheiles noch innerhalb der Instanz, in welcher dasselbe ergangen ist, erfolge. Eine Bestätigung der Richtigkeit ihrer Auffassung findet sie in dem Gegensatze der Vorschrift des § 74 Abs. 1 zu denjenigen der §§ 75 und 79 Abs. 2, nach welchen, soweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, die Partei selbst oder durch einen sonstigen Bevollmächtigten ihren Rechtsstreit führen und auch für einzelne Prozeßhandlungen Vollmacht ertheilen kann, sowie in der dem die Partei vertretenden Anwalte beigelegten Eigenschaft eines Prozeßbevollmächtigten derselben („als Bevollmächtigter") in Verbindung mit den aus der Prozeßvollmacht nach § 77 sich ergebenden Befugnissen. Sie beruft sich auch auf die Motive zum Entwurfe der Civilprozeßordnung, welche zum § 74 (§ 72 des Entwurfes) als Grund der Einführung des Anwaltszwanges anführen, daß derselbe „für ein Prozeßverfahren, welches auf den Grundsätzen der Unmittelbarkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Richter und des Prozeßbetriebes, wenigstens in seinen wesentlichen Bestandtheilen, durch die Parteien beruht, ganz unentbehrlich ist," und weiterhin hinzufügen, daß bei dieser Einrichtung des Verfahrens „eine Gewähr dafür erforderlich ist, daß der Prozeßbetrieb in den Händen von Personen ruht, welche eine ähnliche Garantie für die Sorgsamkeit und Zuverlässigkeit ihrer Geschäftsthätigkeit darbieten, wie die Richter". Auch die erstere Meinung führt einen Ausspruch der Motive für sich an, nämlich daß „der Anwaltszwang nicht erfordert wird für Prozeßakte, welche sich nicht als grundsätzliche Bestandtheile der mündlichen Verhandlung von dem erkennenden Richter darstellen"; dieser Ausspruch will indessen nur motiviren, daß der Anwaltszwang nicht zu erstrecken ist auf die vor einem Gerichtsschreiber oder einem beauftragten oder ersuchten Richter vorzunehmenden Prozeßhandlungen, und es kann zugegeben werden, daß derselbe nach diesem Zusammenhange in der gegenwärtigen Streitfrage wohl nicht zu verwerthen ist. Man muß nun gewiß anerkennen, das die Aus-

Digitized by Google

übung des den Parteien zustehenden Prozeßbetriebes bei dessen für die Herbeiführung der mündlichen Verhandlung des Rechtsstreites und für die Bestimmung des Gegenstandes derselben maßgebenden Bedeutung gleichfalls vollständig und ausschließlich in die Hand des die Partei in der Prozeßverhandlung vertretenden Anwaltes gelegt sein muß; der Prozeßbetrieb kann aber nicht anders als durch Schriftsätze, unter denen in dieser Beziehung die eine Ladung (§ 191) enthaltenden Schriftsätze die wichtigste Stelle einnehmen, oder in gewissen Fällen (vgl. §§ 202. 228) durch Akte der mündlichen Verhandlung ausgeübt werden, und da sich schon hieraus die Unterwerfung des Prozeßbetriebes unter den Anwaltszwang ergibt, so kann aus derselben eine Erstreckung des Anwaltszwanges auf das Zustellungsverfahren, insbesondere auf das Betreiben der Zustellungen, nicht erwiesen werden. Es ist freilich auch weiter nicht in Abrede zu stellen, daß für den die Partei vertretenden Anwalt auch in Betreff der gegenseitigen Zustellung der Schriftsätze eine gegen störende Einmischungen oder Hereinziehungen der eigenen Personen der Parteien vollständig gesicherte Machtstellung unentbehrlich ist; allein diese Stellung ist ihm auch im § 74 Abs. 1 a. a. O. dadurch gewährleistet, daß für ihn durch die Gesetzesworte „als Bevollmächtigter" zugleich die Eigenschaft eines Prozeßbevollmächtigten der Partei erfordert wird. Vermöge dieser Eigenschaft des Instanzanwaltes ist in betreff der Adressirung der Zustellungen durch die allgemeine Vorschrift des § 162 a. a. O., daß die Zustellungen an den Prozeßbevollmächtigten zu erfolgen haben, für den Anwaltsprozeß der Anwaltszwang gegeben. Die Sorge für das Betreiben der Zustellungen ist dem Instanzanwalte übertragen durch seine Prozeßvollmacht, welche ihn (§ 77) zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen und somit auch zu den nach seinem Ermessen erforderlichen Zustellungen ermächtigt. Die Prozeßvollmacht schließt zwar an sich die Befugniß des Vollmachtgebers zum Handeln in eigener Person nicht aus und sie erhält auch eine solche ausschließliche Bedeutung keineswegs ihrem ganzen Umfange nach dadurch, daß der Prozeßbevollmächtigte zugleich der die Partei in der Prozeßverhandlung ausschließlich vertretende Anwalt ist; es braucht in dieser Beziehung nur darauf hingewiesen zu werden, daß die Partei durch den Anwaltszwang nicht behindert ist, in betreff der Bestellung eines Vertreters und Bevollmächtigten für die höheren Instanzen und im Zwangsvollstreckungsverfahren selbständig zu handeln. Allein der Weg einer Zustellung von Anwalt zu Anwalt steht begrifflich nur dem Anwalte zu Gebote und wenn durch einen Gerichtsvollzieher zugestellt werden soll, so muß demselben die Urschrift des zuzustellenden Schriftstückes (§ 155) übergeben sein, welche bei der Zustellung eines Schriftsatzes in einem mit der urschriftlichen Unterschrift des Anwaltes versehenen Exemplare derselben zu bestehen und auf welcher sich, wenn der Schriftsatz eine Ladung enthält, auch das Original der nur durch den Anwalt zu erwirkenden gerichtsseitigen Terminsansetzung zu befinden hat. Die der Gegenpartei zu behändigende Abschrift des Schriftstückes hat (§ 156) im Anwaltsprozesse regelmäßig in einer von dem Anwalte zu beglaubigenden Abschrift zu bestehen. Somit kann die Partei nur durch ihren Anwalt in den Besitz des zur Bewirkung der Zustellung eines Schriftsatzes erforderlichen Materiales gelangen. Wenn

Digitized by Google

der Anwalt, welchem unbenommen ist, die Beauftragung des Gerichtsvollziehers durch beliebige Mittelspersonen und also auch durch die Partei selbst besorgen zu lassen, der Partei die zustellungsfertige Urschrift seines Schriftsatzes und sogar außerdem auch noch eine von ihm beglaubigte Abschrift desselben übergeben hat, so kann dies nur geschehen sein in der Absicht, der Partei die Zustellung desselben zu überlassen. Demnach ist im Anwaltsprozesse das Betreiben der Zustellung eines Schriftsatzes durch die Partei in eigener Person ohne Zuthun und Willen ihres Anwaltes thatsächlich unausführbar; die Fälle, welche man sich dennoch ausdenken kann, um die Möglichkeit eines solchen eigenmächtigen Verfahrens der Partei zu belegen, haben keine praktische Bedeutung und keinen Anspruch auf legislatorische Berücksichtigung. In betreff der Zustellung von Urtheilen ist dagegen allerdings ein selbständiges Handeln der Partei dadurch ermöglicht, daß sie hierfür eine ihr von dem Anwalte nur zur Einsicht mitgetheilte oder auch eine bei der Gerichtsschreiberei auf ihr persönliches Betreiben (§ 271 Abs. 1. § 74 Abs. 2) erwirkte Ausfertigung des Urtheiles verwenden kann. Allein es ist auch kein sachlicher Grund erfindlich, welcher es rechtfertigen könnte, daß die Partei von der Befugniß zur selbständigen Betreibung der Urtheilszustellungen ausgeschlossen werde. Der bloß äußerlichen Frage, ob man die Urtheilszustellung noch als einen der Urtheilsinstanz angehörigen Prozeßakt zu betrachten habe, kann eine sachliche Bedeutung nicht zukommen. Mit der Verkündung des Urtheiles ist der Zweck der Betreibung eines jeden Rechtsstreites, eine gerichtliche Entscheidung desselben herbeizuführen, für die Instanz erledigt; in der Zustellung des Urtheiles ist noch nicht ein weiteres Betreiben der Prozeßverhandlung enthalten, ihre Wirkung besteht vielmehr nur darin, daß der Prozeß in die Lage versetzt wird, daß, wenn ein Rechtsmittel noch zulässig ist, ein etwa von der einen oder anderen Partei gewolltes weiteres Betreiben des Prozesses nunmehr innerhalb der gesetzlichen Frist stattfinden muß, und daß, wenn ein Rechtsmittel nicht zulässig ist oder nicht eingelegt wird, die Zwangsvollstreckung statthaft ist, und in beiden Beziehungen ist, wie schon bemerkt, wenngleich die präsumtive Vollmacht des bisherigen Anwaltes sich auch auf diese ferneren Stadien des Prozesses erstreckt, die Partei zum selbständigen Handeln berechtigt. Wenn der Anwalt einer Partei nach Verkündung des Urtheils vor Zustellung desselben gestorben ist, oder wenn eine beklagte Partei sich an der Zustellung eines gegen sie ergangenen Versäumnißurtheiles wegen der erkannten Klagabweisung interessirt findet, so muß die Partei zur selbständigen Erwirkung der Zustellung berechtigt sein, denn man darf von dem Gesetze voraussetzen, daß dasselbe der Partei nicht lediglich wegen Besorgung der Urtheilszustellung die Umstände und großen Kosten der Bestellung eines Anwaltes hat aufnöthigen wollen. Wenn das Gesetz bloß einer vermeintlichen theoretischen Konsequenz zuliebe den Anwaltszwang auch auf das Betreiben der Zustellungen ausgedehnt hätte, so wäre hiermit eine Bestimmung getroffen, welche, ohne irgend einen Nutzen für das Prozeßverfahren, nur die Wirkung haben würde, das Zustellungswesen durch die Auferlegung formalistischer Rücksichtsnahmen zu erschweren und zu gefährden, hierdurch eine ausgiebige Quelle von Prozeßchikanen und Prozeßverschleppungen zu eröffnen und in manchen Fällen das gute

Digitized by Google

Recht einer Partei an der Klippe dieses Formalismus scheitern zu lassen. Mit einer solchen Bestimmung hätte das Gesetz den Ruhm verwirkt, welchen dasselbe sich in seinen Motiven a. a. O., sonst überall mit vollem Rechte, vindizirt, daß es „im Interesse einer freieren Gestaltung des Verfahrens nach Möglichkeit von erschwerenden Förmlichkeiten abgesehen habe". Eine solche Ausdehnung des Anwaltszwanges ist aber auch in der maßgebenden Vorschrift des § 74 Abs. 1 nicht enthalten. Es mag bedenklich sein, ob man bei der Auslegung derselben die Worte „vor den Landgerichten ꝛc." in dem Maße, wie es in den angeführten früheren Urtheilen des Reichsgerichtes geschehen ist, strikt nach ihrem Wortlaute zu verstehen oder darin nicht vielmehr aus den von der gegentheiligen Meinung angegebenen Gründen eine Bezeichnung des gesammten Prozeßverfahrens in der Instanz zu erblicken hat; allein auch bei der letzteren Auslegung muß man im Resultate der Bedeutung beipflichten, in welcher jene Urtheile die Gesetzesvorschrift auffassen. Die Vertretung der Partei durch den Anwalt kann jedenfalls nur bezogen werden auf die in dem Prozesse vorzunehmenden Handlungen und hierunter nur auf diejenigen Prozeßhandlungen, welche die einen Prozeß ohne Anwalt und Prozeßbevollmächtigten führende Partei in eigener Person wahrzunehmen vermag. Die Partei hat aber (abgesehen von den nach § 74 Abs. 2 hier nicht in Betracht kommenden Prozeßhandlungen, welche vor einem ersuchten oder beauftragten Richter oder einem Gerichtsschreiber vorzunehmen sind) in dem Prozesse nur aufzutreten vor dem erkennenden Richter und gegenüber der Partei, gegen welche sie ihren Rechtsstreit führt; der Vertretungszwang trägt auch das Mittel zu seiner Realisirung in sich selbst dadurch, daß die Partei vor Gericht, außer in den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefällen, in eigener Person nicht zum Worte zu verstatten ist und daß ihre nicht von dem Anwalte unterzeichneten Schriftsätze sowohl vom Gerichte als auch von der Gegenpartei als nicht vorhanden zu betrachten sind. Auf den Zustellungsakt des Gerichtsvollziehers ist die Vorschrift, daß die Partei sich durch einen Anwalt vertreten lassen müsse, nicht anwendbar, eben weil dieser Akt für die Partei nur durch den Gerichtsvollzieher wahrgenommen werden kann. Der Akt der Beauftragung des Gerichtsvollziehers wird durch den Anwaltszwang nicht berührt, weil derselbe keine Prozeßhandlung ist; die Beauftragung des Gerichtsvollziehers ist ganz ebenso wie die Bevollmächtigung eines Anwaltes eine einseitige und innere Handlung der Partei, welche von ihr außerhalb des Prozesses vorgenommen wird zum Zwecke der Engagirung eines für die Führung ihres Prozesses nothwendigen Organes. Die Unanwendbarkeit des Vertretungszwanges auf die Beauftragung eines Gerichtsvollziehers zeigt sich auch daran, daß dem Gerichtsvollzieher nicht die Befugniß zugeschrieben werden kann, den ihm von der Partei in ihrem eigenen Namen ertheilten Zustellungsauftrag aus dem Grunde unbefolgt zu lassen und zu ignoriren, weil ihm derselbe nur durch einen die Partei vertretenden Anwalt rechtswirksam ertheilt werden könne. Man könnte gegen diese Ausführung zwar den Einwand erheben wollen, daß die Zustellungshandlung, wenngleich sie physisch nur durch den Gerichtsvollzieher vorgenommen werden kann, sich doch zugleich im Rechtssinne als eine Handlung seines Auftraggebers, also der Partei selbst oder ihres Anwaltes, darstelle, und daß

Digitized by Google

dieselbe somit keineswegs durch ihre Beschaffenheit der Anwendbarkeit des Anwaltszwanges entzogen sei. Allein dieser Einwand würde, da es hier nur auf das Verhältniß anzukommen hat, in welchem der zustellende Gerichtsvollzieher der Gegenpartei, an welche zugestellt wird, gegenübertritt, höchstens dann berechtigt sein, wenn nach der Vorschrift des Gesetzes dem Zustellungsempfänger durch den Zustellungsakt erkennbar gemacht werden müßte, in wessen Auftrage die Zustellung geschehe. Eine derartige Gesetzesvorschrift besteht aber nicht, das Gesetz schreibt vielmehr (§ 174 Ziff. 2) in dieser Beziehung nur vor, daß die Zustellungsurkunde zu enthalten hat: „die Bezeichnung der Person, für welche zugestellt werden soll; wenn die Zustellung von Amts wegen angeordnet ist, das Gericht, von welchem die Anordnung ausgeht". Da die von Seiten einer Partei betriebenen Zustellungen immer für die Partei selbst, die Herrin des Prozesses, erfolgen, so wird in diesen Fällen der Gesetzesvorschrift am präzisesten dadurch entsprochen, daß die nach Namen oder Parteirolle angeführte Person der Partei als diejenige Person, für welche zugestellt werden soll, bezeichnet wird; wenn statt dessen auch gesagt werden darf, daß die Zustellung im Auftrage der Partei oder für den Prozeßbevollmächtigten und Instanzanwalt der Partei oder in dessen Auftrage vollzogen werde, so sind diese Ausdrücke nur deßhalb zulässig, weil sich auch aus ihnen ergibt, daß die Zustellung für die Partei vorgenommen wird. In den neueren Prozeßordnungen für Hannover § 230 und für Bayern Art. 202 und auch in dem hannoverschen Entwurfe § 171 war vorgeschrieben, daß in den Zustellungsurkunden der Auftraggeber des Gerichtsvollziehers bezeichnet sein müsse; in dem preußischen Entwurfe § 166 und dem norddeutschen Entwurfe § 253 wurde diese Bestimmung gänzlich beseitigt, offenbar weil man davon ausging, daß durch den Zustellungsakt nur ersichtlich gemacht zu werden brauche, für wen zugestellt werde, daß dies sich aber schon aus dem Inhalte des zugestellten Schriftstückes genügend ergebe. Die jetzige, eine ausdrückliche Bezeichnung dieser Person erfordernde Bestimmung schreibt sich aus dem Entwurfe vom Jahre 1871 her. Obwohl es nun nicht bezweifelt werden kann, daß die Fassung derselben in ihrer Abweichung von den Vorschriften jener älteren Materialien mit vollem Vorbedacht gewählt worden ist, bedienen sich dennoch die Zustellungsurkunden der Gerichtsvollzieher in Folge der von den Landesjustizverwaltungen vorgeschriebenen Formulare (vgl. preuß. Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher, J. M. Bl. 1879 Anl. 1 zu Nr. 31 S. 56 ff. Formular 1—15), regelmäßig der Bezeichnung desjenigen, in dessen Auftrage zugestellt wird. Diese Ausdrucksweise der Formulare („im Auftrage des ....") ist ohne Zweifel dadurch veranlaßt, daß für die in bürgerlichen Rechtssachen auf Betreiben der Parteien und von Amts wegen vorzunehmenden Zustellungsurkunden der Gebrauch derselben Formulare vorgeschrieben ist (vgl. Geschäftsanweisung a. a. O. §§ 20. 25 ff.), und daß man deßhalb in dieser Beziehung einen Ausdruck hat wählen müssen, welcher zur Bezeichnung sowohl der Person, für welche, als auch des Gerichtes, auf dessen Anordnung zugestellt wird, sich verwenden läßt; hätte man statt dessen für die beiden Kategorien der Zustellungen verschiedene sich strikt an die Gesetzesworte haltende Formulare gegeben, so würden dadurch die seitdem in zahlreichen Prozessen

Digitized by Google

über die Frage, ob der Zustellungsauftrag von einer legitimirten Person ertheilt worden sei, entstandenen Streitigkeiten und Weiterungen, wenn nicht sämmtlich, so doch jedenfalls zum bei weitem größten Theile erspart geblieben sein. Ergibt sich nun aus der Vorschrift des § 174 Ziff. 2, daß das Gesetz eine urkundliche Feststellung der Person des Auftraggebers nicht für erforderlich gehalten hat, so muß hieraus der Schluß gezogen werden, daß dasselbe dieser Feststellung, namentlich in der Richtung, ob der Auftrag von der Partei selbst oder von ihrem Anwalte ausgegangen sei, auch keine rechtliche Bedeutung hat beimessen wollen. Zu demselben Schlusse führt auch die Fassung des § 153, insbesondere in ihrem Gegensatze zu derjenigen des § 162 a. a. O. Wenn das Gesetz für den Anwaltsprozeß die Gültigkeit der Zustellungen dadurch bedingen wollte, daß der Zustellungsauftrag von dem Anwalte ausgegangen sei, so hätte dasselbe bei den schwer wiegenden Interessen, welche mit der Gültigkeit der vorgenommenen Zustellungen verknüpft sind, nicht unterlassen dürfen, sich hierüber in einer für alle Betheiligten klaren und unzweideutigen Weise auszusprechen, und man kann namentlich nicht bezweifeln, daß das Gesetz, welches im § 162 in betreff der Adressirung der Zustellungen ausdrücklich bestimmt hat, daß dieselbe sich an den Prozeßbevollmächtigten und nicht an die Partei selbst zu richten habe, ebenso auch in Betreff der Befugniß zur Ertheilung des Zustellungsauftrages ausdrücklich zwischen der eigenen Person der Partei und ihrem Anwalte unterschieden haben würde, wenn diese Befugniß ausschließlich dem Letzteren hätte beigelegt sein sollen; da nun aber der § 153 uneingeschränkt ausspricht, daß zur Bevollmächtigung des Gerichtsvollziehers „die mündliche Erklärung einer Partei" genügt, so muß man folgern, daß eine derartige Gesetzesabsicht nicht besteht. Der § 156 schreibt vor, daß die Beglaubigung der zu übergebenden Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes „geschieht durch den Gerichtsvollzieher, bei den auf Betreiben von Rechtsanwälten oder in Anwaltsprozessen zuzustellenden Schriftstücken durch den Anwalt"; wenn in den Anwaltsprozessen die Zustellungen rechtsnothwendig durch den die Partei vertretenden Anwalt betrieben werden müßten, so wäre in den Worten „oder in Anwaltsprozessen" nur ein leerer Pleonasmus enthalten, welcher aber der Gesetzesredaktion nicht zugetraut werden kann. Was endlich insbesondere die Zustellung von Urtheilen anbelangt, so ist, da das Zwangsvollstreckungsverfahren dem Anwaltszwange nicht unterliegt, durch die Bestimmung des § 671, nach welcher das Urtheil gleichzeitig mit dem Beginne der Zwangsvollstreckung zugestellt werden kann, ein Beleg dafür gegeben, daß die Partei in eigener Person zum Betreiben der Urtheilszustellung berechtigt ist. Somit wird die richtige Auslegung der Vorschrift des § 74 Abs. 1 a. a. O. auch durch die Vorschriften über das Zustellungsverfahren mehrfach bestätigt. **Aus diesen Gründen rechtfertigt sich die Aufstellung des Rechtssatzes, daß im Anwaltsprozesse die Gültigkeit einer Zustellung nicht dadurch beeinträchtigt wird, daß der Gerichtsvollzieher den Zustellungsauftrag von der Partei in ihrem eigenen Namen erhalten hat.** Entsch. der vereinigten Civilsenate vom 3. Januar 1887. R. C. XVII. (100.) 392—403.

4. **Die Uebertragung der Vertretung einer Partei in der mündlichen Verhandlung auf einen bei dem Prozeßgerichte nicht zugelassenen Rechts-**

Digitized by Google

anwalt muß durch den Prozeßbevollmächtigten nicht vor dem Prozeßgerichte erfolgen, sondern sie kann auch schriftlich geschehen. Nachdem in § 27 Abs. 1 der Rechtsanwaltordnung in Uebereinstimmung mit § 74 C. P. O., der Satz aufgestellt ist, daß, insoweit die Vertretung durch Anwälte geboten ist, nur ein beim Prozeßgerichte zugelassener Anwalt die Vertretung als Prozeßbevollmächtigter übernehmen kann, wird im Abs. 2 für die mündliche Verhandlung eine Ausnahme gemacht, indem die Vertretung der Partei durch jeden Rechtsanwalt zugelassen wird, „für den Fall, daß der beim Prozeßgerichte zum Prozeßbevollmächtigten bestellte Rechtsanwalt ihm die Vertretung überträgt". In welcher Weise und Form diese Uebertragung der Vertretung erfolgen soll, bestimmt das Gesetz nicht. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß dieselbe sowohl mündlich vor Gericht, als schriftlich geschehen kann, weil beide Formen der Bevollmächtigung zulässig sind, die Bevollmächtigung durch schriftliche Vollmacht sogar die Regel bildet (§§ 76, 146 C. P. O.). **Soll der bei dem Prozeßgerichte nicht zugelassene Anwalt nicht die Vertretung der Partei in der mündlichen Verhandlung übernehmen, sondern nur die Ausführung der Parteirechte, so ist im Anwaltsprozesse die Anwesenheit des Prozeßbevollmächtigten bei der mündlichen Verhandlung nothwendig, wird aber die Vertretung der Partei übertragen, so erscheint die Anwesenheit des Prozeßbevollmächtigten überflüssig, weil alle seine Befugnisse für die mündliche Verhandlung auf den Vertreter übergehen.** Wenn also dementsprechend nothwendig ist, daß der Prozeßbevollmächtigte, nachdem er dem eingeführten Rechtsanwalt die Vertretung übertragen hat, neben demselben anwesend bleibe, so erscheint es auch nicht nothwendig und gerechtfertigt, lediglich zum Zwecke der Uebertragung der Vertretung und Einführung des Vertreters das persönliche Erscheinen des Prozeßbevollmächtigten zu verlangen. Eine konsequente Durchführung des Prinzips der Lokalisirung der Anwaltschaft würde dahin führen, die Vertretung der Partei durch einen anderen, als einen bei dem betreffenden Landgerichte oder Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwalt überhaupt auszuschließen und nur etwa zu gestatten, daß neben und unter steter Anwesenheit des Prozeßbevollmächtigten ein anderer Anwalt die Ausführung der Parteirechte in der mündlichen Verhandlung übernehme. Nachdem aber dieses Prinzip in mehrfacher Beziehung durchbrochen worden, insbesondere durch § 27 Abs. 2 der Rechtsanwaltsordnung gestattet ist, daß auch die Vertretung der Partei in der mündlichen Verhandlung in vollem Umfange jedem Rechtsanwalte von dem Prozeßbevollmächtigten übertragen werde, so kann kein Gewicht darauf gelegt werden, daß die Uebertragung der Vertretung vor dem Prozeßgerichte durch den erschienenen Prozeßbevollmächtigten geschehe. Ebensowenig ist von Bedeutung, daß die Zulassung der Rechtsanwälte nach § 8 der Rechtsanwaltsordnung bei einem bestimmten Gericht erfolgt, jedes höhere Gericht also regelmäßig nur mit den bei ihm zugelassenen Rechtsanwälten zu verkehren habe und insofern andere nicht kenne. Denn einestheils kann das Gericht von den bei den Gerichten zugelassenen Rechtsanwälten sich durch die amtlichen Bekanntmachungen Kunde verschaffen, andererseits wird es, im Fall es über die Person des als Vertreter einer Partei auftretenden Rechtsanwalts oder seine Eigenschaft als solchen Zweifel hegt, die geeigneten Nachweisungen zu verlangen

Digitized by Google

haben. Nach den Motiven ist die Bestimmung in Abs. 2 des § 27 der Rechtsanwaltsordnung allerdings vorzugsweise durch die Erwägung veranlaßt, daß es für die Parteien erwünscht und von besonderem Interesse sein könne, ihren Rechtsstreit durch einen Anwalt, welcher mit den in Betracht kommenden thatsächlichen Verhältnissen oder mit den zur Anwendung kommenden Rechtsnormen besonders vertraut ist, oder zu welchem sie ein besonderes Zutrauen haben, auch vor einem Gerichte führen zu lassen, bei welchem dieser Rechtsanwalt nicht zugelassen ist und also nach dem in Abs. 1 aufgestellten Satze die Partei zu vertreten außer stande sein würde. Allein es ist im Gesetze nicht zum Ausdruck gelangt, daß nur aus solchen, in der Sache liegenden Gründen eine Uebertragung der Vertretung der Partei in der mündlichen Verhandlung zulässig, dagegen ausgeschlossen sei in Fällen der persönlichen Verhinderung des Prozeßbevollmächtigten. **Das Gesetz gestattet vielmehr die Uebertragung der Vertretung in der mündlichen Verhandlung auf jeden Anwalt ganz allgemein, nicht etwa bloß auf Verlangen der Partei, und ist es daher nicht berechtigt, die Befugniß des Prozeßbevollmächtigten zu beschränken oder indirekt dadurch zu erschweren und unter Umständen auszuschließen, daß man den Prozeßbevollmächtigten nöthigt, den Vertreter persönlich bei dem Prozeßgerichte einzuführen und vor demselben die Uebertragung der Vertretung vorzunehmen.** Die Annahme, daß es einer Einführung des Vertreters durch den Prozeßbevollmächtigten nicht bedürfe, findet endlich auch Bestätigung in der Entstehungsgeschichte des § 27 Abs. 2 a. a. O. (Vgl. Drucksachen des deutschen Reichstages II. Session 1878 Nr. 5 S. 31 ff. 50; Kommissionsbericht daselbst Nr. 173 S. 26 ff.; Hahn, Materialien zum Gerichtsverfassungsgesetz I S. 509 ff., 540 ff.) (R. G. 14. II. 81.) R. C. III. (114.) 404—408. A. III. (93.) 330—333. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 252 S. 379—381.

5. **Wenn ein bei einem Prozeßgericht zugelassener Rechtsanwalt eine von ihm nicht verfaßte Schrift mitunterschreibt, so erlangt diese hierdurch keine Formgültigkeit.** Nach der Vorschrift des § 74 der R. C. P. O. und des § 27 Abs. 1 der R. Anw. O. müssen die Parteien im Anwaltsprozesse durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt vertreten sein. Von diesem Grundsatze ist durch den Abs. 2 des gedachten § 27 nur in Betreff der mündlichen Verhandlung eine Ausnahme zugelassen; für das schriftliche Verfahren gilt derselbe uneingeschränkt. Kann demnach ein schriftlicher Antrag für eine Partei nur durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt erhoben werden, so folgt, daß die betreffende Schrift sich dem Gerichte gegenüber als die Schrift eines solchen Anwalts kund geben muß. Ein Anwalt kann eine von einem Anderen verfaßte Schrift sich dem Gerichte gegenüber nur dadurch aneignen, daß er dieselbe vermittelst seiner Unterschrift als von ihm verfaßt bezeichnet; es ist aber dem bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt nicht die Befugniß beigelegt, eine Schrift, welche ersichtlich nicht von ihm herrührt, durch seine Mitunterschrift bei dem Prozeßgerichte zulässig zu machen. (R. G. 12. VI. 83.) A. VIII. (86.) 348.

6. **Ein bei dem Prozeßgericht nicht zugelassener Rechtsanwalt kann auf Grund seiner Prozeßvollmacht sich auch nicht einen andern bei dem**

Digitized by Google

Gericht zugelassenen Rechtsanwalt als Vertreter substituiren. Eine Prozeßvollmacht im Sinn des § 77 der C. P. O., also ein Mandat zur Führung eines Rechtsstreites kann nach § 74 der C. P. O. und § 27 Abs. 1 der R. A. O. im Anwaltsprozeß nur einem bei dem betr. Prozeßgericht zugelassenen Rechtsanwalt ertheilt und nur von einem solchen übernommen werden. Diese Bestimmungen sind nach ihrer Fassung („müssen" — „kann nur") nicht etwa bloß instruktioneller, sondern präzeptiver und in Bezug auf einen nicht zugelassenen Rechtsanwalt prohibitiver Natur. Daraus ergibt sich, daß eine Prozeßvollmacht in der Hand eines nicht zugelassenen Rechtsanwaltes bedeutungslos ist, daß ein solcher Anwalt auf Grund derselben die in § 77 der C. P. O. aufgeführten Befugnisse und Prozeßhandlungen mit rechtlicher Wirkung nicht ausüben kann. Insbesondere kann er, der selbst keine Vertretungsbefugnisse hat, sich auch nicht einen Vertreter substituiren, der immer einen legal bestellten Prozeßbevollmächtigten voraussetzt. Beschluß des O. L. G. zu Jena v. 21. Dez. 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 339 S. 449.

7. **Ein zum gesetzlichen Vertreter einer Partei bestellter Rechtsanwalt gilt nicht als Prozeßbevollmächtigter.** Urtheil des Reichsgerichts v. 25. Juni 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 325 S. 464.

8. **Das Gesuch um Ertheilung der Vollstreckungsklausel unterliegt nicht dem Anwaltszwang.** Ein diesbezüglicher Antrag betrifft die Vorbereitung der Zwangsvollstreckung, bezüglich welcher die Partei selbst oder durch einen beliebigen Bevollmächtigten, insbesondere auch durch einen bei dem Prozeßgericht nicht zugelassenen Rechtsanwalt (vgl. § 26 der R. A. O.) thätig sein kann. Dies ergibt sich, was speziell derartige bei dem Gerichtsschreiber angebrachte Gesuche um Ertheilung der Vollstreckungsklausel, Bescheinigung der Rechtskraft ꝛc. ꝛc. anlangt, zweifellos auch aus dem Abs. 2 des angeführten § 74. Denn wenn danach der Anwaltszwang auf Prozeßhandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts vorgenommen werden können (Gesuche wegen Ablehnung einer Gerichtsperson, wegen Festsetzung der zu erstattenden Kosten, wegen Anlegung eines Arrestes u. s. w.), keine Anwendung findet, so muß dies noch mehr für Gesuche gelten, welche nicht einmal als eigentliche „Prozeßhandlungen" angesehen werden können. In ähnlicher Weise hat übrigens auch das Reichsgericht (4. Sen.) in einem Urtheil vom 9. März 1882 (abgedruckt in der „Juristischen Wochenschrift" 1882 Nr. 17 S. 135) den erwähnten § 74 in Bezug auf einen analogen Fall (Zustellungsantrag an einen Gerichtsvollzieher) ausgelegt. Entsch. des O. L. G. zu Jena v. 10. Juli 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 63 S. 95.

9. Die Entscheidung der Frage, welche Rechtsanwälte befugt seien, als Bevollmächtigte der beschwerdeführenden Partei die Beschwerdeschrift einzureichen, ist nicht aus den Vorschriften über die Förmlichkeit des Rechtsmittels der Beschwerde (§§ 530 ff. der R. C. P. O.), sondern aus den auf Prozeßhandlungen überhaupt sich beziehenden Vorschriften über die Nöthigung der Parteien, sich durch Rechtsanwälte vertreten zu lassen (§ 74 der R. C. P. O.), und die Befugniß der Rechtsanwälte zu solcher Vertretung (§ 27 der Rechtsanwalt-O.) zu entnehmen. **Nach diesen Vorschriften (§ 74) sind die Parteien befugt und genöthigt, soweit der Anwaltszwang reicht, auch zur Einreichung der Beschwerdeschrift behufs Einlegung**

Digitized by Google

des Rechtsmittels der Beschwerde sich eines bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwaltes zu bedienen. — Als **Prozeßgericht im Sinne des § 74 der R. C. P. O.** erscheint dasjenige Gericht, bei welchem der Prozeß anhängig oder durch die vorzunehmende Handlung anhängig zu machen ist. Sind aber verschiedene Abschnitte desselben Prozesses bei verschiedenen Gerichten zu erledigen, so kann bezüglich jeder einzelnen Prozeßhandlung nur dasjenige Gericht, vor welches diese Handlung gehört, als das Prozeßgericht im Sinne des § 74 angesehen werden. Daher erscheint bezüglich der Einlegung der Beschwerde, welche nach §§ 532, 540 Abs. 2 a. a. O. bald bei dem Gerichte, gegen dessen Entscheidung Beschwerde geführt wird, bald bei dem Beschwerdegericht stattfindet, entweder das erstere oder das letztere als Prozeßgericht, je nachdem die Beschwerde hier oder dort eingelegt wird. Hieraus ergibt sich, daß die Beschwerdeschrift im ersteren Falle von einem bei dem beschwerenden Gerichte, im anderen Falle von einem bei dem Beschwerdegerichte zugelassenen Rechtsanwalte einzureichen ist. (R. G. 27. VII. 80.) A. II. (115.) 504. 505.

10. Der 5. Senat des Reichsgerichts hatte in einem Beschlusse vom 31. Jan. 1880 beschlossen, daß die Vorschrift des § 74, welche allgemein laute, von besonderen Ausnahmen (§ 532 Abs. 2) abgesehen, auch auf die Beschwerde Anwendung finde und zwar in dem Sinne, daß die Beschwerdeschrift von einem bei dem Beschwerdegerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten eingelegt werden muß. Da der dritte Senat des Reichsgerichts von dieser Entscheidung des 5. Senates abweichen wollte, so wurde die Entscheidung der bezügl. dem 3. Senate vorliegenden Sache vor die vereinigten Civilsenate des Reichsgerichtes verwiesen (vgl. § 137 Gerichtsverfassungsgesetz). Letztere haben in einem Beschluß vom 29. April 1880 abweichend von dem 5. Senate die erwähnte Sache dahin entschieden: **die Beschwerdeschrift sei, wenn sie bei dem beschwerenden Gericht eingereicht werde, von einem bei diesem zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten einzureichen; wenn selbige dagegen bei dem Beschwerdegericht eingereicht werde, so müsse ein bei dem letzteren zugelassener Rechtsanwalt als Bevollmächtigter fungiren.** S. hierüber bei § 532 ad R. C. Bd. I Nr. 156 S. 431—434.

11. **Anwaltszwang bei Einlegung einer Beschwerde wegen unterlassener einstweiliger Verfügung.** Zwar kann nach § 815 vergl. mit § 800 Abs. 3 der C. P. O. der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden und ist daher nach § 74 Abs. 2 das. vom Anwaltszwange ausgenommen; aber daraus folgt keineswegs, daß dasselbe auch von der Einlegung einer Beschwerde wegen abgeschlagener einstweiliger Verfügung gälte (vgl. die eine analoge Frage betreffende Entscheidung in den Annalen Bd. IV S. 376; Entsch. Bd. VII S. 403). (R. G. 21. IX. 85.) U. u. A. III. (162.) 358.

12. **Der von der Partei bevollmächtigte, dieselbe vertretende Rechtsanwalt haftet nicht bloß für grobes, sondern auch für geringes Verschulden; er hat die Rechte seiner Partei gewissenhaft wahrzunehmen, alle Prozeßhandlungen mit möglichster Sorgfalt vorzunehmen und ist für den durch seine Nachlässigkeit und die Versäumung dieser seiner Verpflichtungen der Partei entstandenen Schaden verantwortlich.** (R. G. 9. X. 83.) A. VIII. (139.) 510. 511. R. C. X. (40.) 138.

Digitized by Google

13. **Abs. 2.** Wie die Motive zu § 72 (jetzt § 74 S. 99) ergeben, ist durch den Zusatz im zweiten Absatze beabsichtigt, bei denjenigen Prozeßakten, welche sich nicht als grundsätzliche Bestandtheile der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte darstellen, den Anwaltszwang auszuschließen. Dazu sind namentlich die Prozeßhandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, gerechnet. (R. G. 17. XII. 80.) R. C. III. (103.) 374.

14. **Die Beschwerde wegen Versagung des Armenrechtes kann nach § 74 Abs. 2, § 532 Abs. 2 der R. C. P. O. durch die Partei selbst** (ohne Anwalt) **bei Gericht eingelegt werden.** (R. G. 22. XII. 80.) S. hierüber bei § 118 ad A. III. (56.) 215.

15. Seitens des Restitutionsklägers. Beschl. des R. G. v. 18/2. 82. § 74 bezieht sich auch auf Beschwerde gegen einen Kosten-Festsetzungsbeschluß. Beschl. des R. G. v. 16/11. 82.

S. auch noch bei Abs. 1 sub Nr. 8.

16. **Abs. 3. Die Ausnahme des Abs. 3 bezieht sich nicht bloß auf den Fall, daß ein R. A. in seinen eigenen Angelegenheiten als Kläger oder Beklagter auftritt, sondern auch auf den weiteren, daß er als gesetzlicher Vertreter eine Parteirolle zu übernehmen hat.** (v. Wilmowsky u. Levy, Komm. zur C. P. O. § 74 Nr. 15.) Urtheil des Reichsgerichts v. 25. Juni 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 325 S. 464.

Gebührenordnung für Rechtsanwälte.

17. Nach § 13 Ziff. 4 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte kann ein bevollmächtigter Rechtsanwalt, welcher in dem Termine zur Leistung des durch ein Urtheil auferlegten Eides erscheint und die Partei vertritt, die Beweisgebühr, fünf Zehntel des betreffenden Satzes des § 9, fordern, sofern ein weiteres Beweisaufnahmeverfahren, für welches der Anwalt die Beweisgebühr in Ansatz bringen darf, nicht stattgefunden hat. (Vgl. Entsch. des R. G. in Civils. Bd. 9 Nr. 96 S. 331.) Nach § 7 der Gebührenordnung kann aber der Rechtsanwalt bei dem Betriebe eigener Angelegenheiten von dem zur Erstattung der Kosten des Verfahrens verpflichteten Gegner Gebühren und Auslagen bis zu dem Betrage fordern, in welchem er Gebühren und Auslagen eines bevollmächtigten Rechtsanwaltes erstattet verlangen könnte. Das Gesetz geht also davon aus, daß der eigene Angelegenheiten betreibende Anwalt bezüglich der von dem in die Kosten verurtheilten Gegner zu erstattenden Gebühren so angesehen werden soll, als wenn er den Prozeß als bevollmächtigter Anwalt für einen Dritten geführt hätte. **Es kann also der seine eigenen Angelegenheiten betreibende Rechtsanwalt auch für den Termin zur Leistung eines ihm durch Urtheil auferlegten Eides die Beweisgebühr nach § 13 Ziff. 4 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte von dem zur Erstattung der Kosten verpflichteten Gegner fordern.** Denn auch in den Fällen, wo der Rechtsanwalt einen Dritten als Partei vertritt, kann er die Partei, welcher durch Urtheil die Leistung eines Eides auferlegt ist, in Wahrnehmung dieser Thätigkeit der Eidesleistung nicht vertreten, eine wirkliche Vertretung der Partei ist auch hier nicht möglich. Wenn aber dennoch das Gesetz die Beweisgebühr dem Rechtsanwalte „für die Vertretung in dem Termine zur Leistung eines Eides" zubilligt, so kann der Gesetz-

Digitized by Google

geber den Begriff „Vertretung" nicht in dem engeren Sinne, von welchem das Oberlandesgericht ausgeht, verstanden, sondern muß auch in dem Erscheinen des Rechtsanwaltes neben der Partei in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine eine Vertretung der Partei gefunden haben. (R. G. 26. X. 83.) A. VIII. (140.) 511. 512. R. C. X. (117.) 375—377.

§ 75.

§ 75.

Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, können die Parteien den Rechtsstreit selbst oder durch jede prozeßfähige Person als Bevollmächtigten führen.

Ausnahmen: §§ 44 Abs. 1, 98, 109, 225, 351, 371, 448, 532, 800, 814, 815. — §§ 313 ff., 326, 327, 337, 340, 367, 399, 441.

1. **Darüber, wo dem Rechtsanwalte für seine Vertretung durch einen seit zwei Jahren im Vorbereitungsdienste befindlichen Rechtskundigen nicht dieselben Gebühren zustehen, welche ihm bei eigener Besorgung des Geschäftes zustehen würden.** (R. G. 18. IX. 85.) S. hierüber bei § 87 ad R. C. XIV. (112.) 393. 394.

II. Vollmacht (§§ 76—84).

§ 76.

§ 76.

Der Bevollmächtigte hat die Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen und diese zu den Gerichtsakten abzugeben.

Eine Privaturkunde muß auf Verlangen des Gegners gerichtlich oder notariell beglaubigt werden. Bei der Beglaubigung bedarf es weder der Zuziehung von Zeugen noch der Aufnahme eines Protokolls.

§ 85 H. G. B. Art. 42, 47, 59. W. O. Art. 17.

§ 77.

§ 77.

Die Prozeßvollmacht ermächtigt zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen, einschließlich derjenigen, welche durch eine Widerklage, eine Wiederaufnahme des Verfahrens und die Zwangsvollstreckung veranlaßt werden; zur Bestellung eines Vertreters sowie eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen; zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs; zur Empfangnahme der von dem Gegner zu erstattenden Kosten.

§ 79.

1. Nach § 77 C. P. O. hat der Prozeßbevollmächtigte die Befugniß, für die höheren Instanzen, bei denen es sich stets nur um den Anwaltsprozeß handeln kann und wofür nach § 74 C. P. O. regelmäßig ein anderer Anwalt erforderlich ist, den Anwalt, welcher die Partei vertreten soll, im Namen der Partei mit der Wirkung zu bestellen, daß der bestellte Anwalt für die betreffende höhere Instanz der Prozeßbevollmächtigte der Partei wird. **Für die untere Instanz selbst gewährt dagegen § 77 a. a. O. dem Anwalte nur das Recht der Aufstellung eines Vertreters. Hierunter kann aber nicht etwa eine vollständige Uebertragung der Vollmacht mit allen Befugnissen des § 77 a. a. O. auf einen anderen Anwalt verstanden werden, sodaß dieser nun an die Stelle des ersteren träte und als von der Partei bevollmächtigt zu gelten hätte.** Zu einer solchen Ausdehnung der Verfügungsgewalt des Anwaltes liegt für die Instanz, bei welcher er zugelassen ist, und für welche die Partei gerade ihn gewählt hat, kein Anlaß vor; sie kann nicht als vom Gesetze gewollt betrachtet werden. Dies ergibt sich aus dem Wortlaute des § 77 a. a. O. und findet eine Bestätigung darin, daß angenommen werden darf, der Gesetzgeber hätte, wenn er den Prozeßbevollmächtigten

Digitized by Google

zu Bestellung eines anderen Bevollmächtigten hätte ermächtigen wollen, für diesen Fall eine ähnliche Bestimmung, wie die in § 83 Abs. 1 C. P. O. für den Fall der Kündigung des Vollmachtsvertrages gegebene, getroffen. Auch die Rechtsanwaltsordnung (vgl. besonders § 27) führt nicht zu einer hiervon abweichenden Rechtsansicht. **Bestellt also im Anwaltsprozesse ein Anwalt einen anderen Anwalt zu seinem Vertreter, so kann dies nicht die Wirkung haben, daß der substituirte Anwalt als Prozeßbevollmächtigter an die Stelle des Substituenten tritt; dieser letztere, und zwar er allein, bleibt vielmehr trotz der Substitution der Prozeßbevollmächtigte der Partei; an ihn haben insbesondere nach § 162 C. P. O. die Zustellungen zu erfolgen, und sein Tod, durch welchen überdies die Befugniß des Substituten, im Prozesse zu handeln, erlischt, da er sie nur im Namen des Substituenten ausübte, bewirkt nach § 221 C. P. O. eine Unterbrechung des Verfahrens.** (R. G. 29. VI. 83.) R. C. XI. (93.) 369. 370. A. VIII. (63.) 245. 246, ferner (R. G. 27. III. 84.) A. X. S. 172 u. (R. G. 26. II. 85.) U. u. A. I. (279.) 457.

2. **Aus der Prozeßvollmacht entspringt die Befugniß des Rechtsanwaltes zur Bestellung eines Vertreters** (vgl. Struckmann u. Koch, C. P. O. § 77 Anm. 2). Der § 27 der R. Anw. O. schweigt über die Nothwendigkeit der Zustimmung der Partei zu der Uebertragung ihrer Vertretung seitens des bestellten Rechtsanwaltes auf einen anderen Rechtsanwalt im Gebiete des Civilprozesses. (R. G. des III. Straffenats v. 11. X. 83.) A. VIII. (110.) 487. 488.

3. **Aus § 77 in Verbindung mit § 164 ergibt sich, daß die Vollmacht des Prozeßbevollmächtigten der unteren Instanz keineswegs mit Erlaß und Zustellung des Endurtheils erlischt, vielmehr auch nachher noch wirksam ist und nur soweit und solange, als die Prozeßfähigkeit eines für die höhere Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten Platz greift, suspendirt bleibt.** S. hierüber bei § 162 ad (R. G. 9. III. 83.) R. C. VIII. (126.) 426.

4. **Umfang der Vollmacht des für die höhere Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten.** Wenn § 77 C. P. O. bestimmt: „die Prozeßvollmacht ermächtigt zu allen, den Rechtsstreit betreffenden, Prozeßhandlungen", so folgt hieraus und aus den Bestimmungen der §§ 79, 83 zwar soviel: der Prozeßbevollmächtigte erster Instanz gilt im Anwaltsprozesse dem Gegner gegenüber für sämmtliche Prozeßhandlungen, welche bei dem Gerichte erster Instanz, gleichviel in welchem Prozeßabschnitte, zu vollziehen sind (die im § 79 Abs. 1 erwähnten ausgenommen), bis zur Anzeige der Bestellung eines anderen Anwaltes als Vertreter seiner Partei. Allein diese Regel findet nicht so unbeschränkt Anwendung auf die oberinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten. **Für das Gericht höherer Ordnung ist der „Rechtsstreit" im Sinne des § 77 beendet, sobald das Rechtsmittel sich erledigt hat, zufolge dessen das obere Gericht mit der Sache befaßt wurde. Gelangt der Prozeß später anläßlich neuer selbständiger Rechtsmittel wiederholt an dasselbe Obergericht, so stellt sich das anderweite Verfahren der Oberinstanz nicht als Fortsetzung des früheren Verfahrens, also nicht als Fortsetzung der früheren Instanz und ebendeßhalb für das angerufene Obergericht nicht als derselbe „Rechtsstreit" dar.** Darum bedarf es zur Parteivertretung in der neuen Instanz auch der Bestellung neuer Prozeßbevollmächtigter. Der Auftrag der früher bestellt gewesenen Bevollmäch-

Digitized by Google

tigten ist mit der früheren Instanz ganz ebenso erloschen, wie der Auftrag des erstinstanzlichen Anwaltes mit der Beendigung des Rechtsstreites erlischt. (R. G. 22. XII. 82.) R. C. VIII. (108.) 369. A. VII. (48.) 177. 178. (R. C. IX. (103.) 353.)

5. **Die Regel des § 77, daß die Prozeßvollmacht zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen ermächtige, erleidet vielfache Ausnahmen,** und es ist insbesondere in betreff der Zustellungen in §§ 162, 164 a. a. O. bestimmt, daß solche an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten, bei Einlegung eines Rechtsmittels an den für die höhere Instanz bestellten, wenn er bei der Einlegung schon bestellt worden war, eventuell an den Prozeßbevollmächtigten der zunächst nachgeordneten Instanz ꝛc. zu erfolgen habe. (R. G. 19. V. 83.) R. C. IX. (103.) 354.

6. **Durch die Bestellung eines Stellvertreters des Rechtsanwalts nach § 29 der R. A. O. wird der Zustellungs-Mechanismus nicht geändert.** Durch die im cit. § 29 dem Anwalt vorgeschriebene Bestellung eines Stellvertreters wurde für Anwaltsprozesse zunächst Sicherung des Verkehrs des Gerichts mit der Prozeßpartei, insbesondere der Zufertigung von Verfügungen und Benachrichtigungen, welche von Amtswegen zu erlassen, bezweckt, nicht aber der Anwalt ermächtigt, für die Zeit seiner Abwesenheit einen anderen zum eigentlichen Prozeßbevollmächtigten zu ernennen. Zur Bestellung eines solchen ist im Anwaltsprozeß der Anwalt nur für die höhere Instanz befugt, und unter der im § 29 gedachten Benennung eines Stellvertreters, wie auch bereits in einem Urtheil des 2. Civ.-Sen. des R. G.'s v. 29. Juni 1883 (Wallmann, d. Juristen-Zeitung Bd. 8 S. 582) ausgesprochen, nicht die vollständige Uebertragung der Vollmacht mit allen Berechtigungen und Verpflichtungen der §§ 77 und 162 C. P. O., so daß insbesondere vorschriftsmäßige Zustellungen nur an den Stellvertreter erfolgen könnten, zu verstehen. Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig v. 4. Nov. 1885. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 251 S. 352.

7. **Die Beschränkung der Prozeßvollmacht hat dem Gegner gegenüber nur dann Wirkung, wenn derselbe die Beschränkung kennt,** denn die gesetzliche Regel ist nach § 77 die unbeschränkte Vollmacht und deren Vorhandensein darf der Gegner so lange unterstellen, als ihm nicht die Ausschließung einzelner Befugnisse mitgetheilt worden ist. Die Partei, welche von der Ausschließung Gebrauch macht, muß sich deßhalb Gewißheit darüber verschaffen, daß ihr Gegner von dieser Beschränkung Nachricht erhält (vgl. die Komm. zur C. P. O. von Seuffert, 2. Aufl. S. 108 Anm. 2; Petersen Bd. 1 S. 232; Puchelt S. 302 Anm. 4). Urtheil des O. L. G. zu Kiel v. 7. Febr. 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 57 S. 93.

§ 78.

§ 78.

Die Vollmacht für den Hauptprozeß umfaßt die Vollmacht für das eine Hauptintervention, einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren.

§ 79.

§ 79.

Eine Beschränkung des gesetzlichen Umfangs der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber nur insoweit rechtliche Wirkung, als diese Beschränkung die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs betrifft.

Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, kann eine Vollmacht für einzelne Prozeßhandlungen ertheilt werden.

Digitized by Google

1. **Die Erklärung einer Partei auf Unterwerfung unter eine Klage nach erlassenem Urtheil kann auch durch einen hierzu ermächtigten, bei dem Prozeßgerichte nicht zur Vertretung zugelassenen Rechtsanwalt an einen Bevollmächtigten der Gegenpartei wirksam abgegeben werden.** Nach den Motiven zu § 74 der Reichs-Civilprozeßordnung (§ 72 des Entwurfs) tritt nämlich der Anwaltszwang nicht ein bei Prozeduraкten, welche sich nicht als grundsätzliche Bestandtheile der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte darstellen. Verzicht auf den Einspruch oder, was damit gleichbedeutend ist, Unterwerfung unter die Klage nach erlassenem Urtheil müssen aber nicht in der mündlichen Verhandlung erklärt werden, und es steht gemäß § 79 der Reichs-Civilprozeßordnung der Partei zu, den in § 77 normirten Umfang der Prozeßvollmacht, welche sich an und für sich auf die Beseitigung des Rechtsstreites durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung der gegnerischen Ansprüche erstreckt, in dieser Richtung zu beschränken. Wenn aber die Partei selbst und außergerichtlich dem Prozeßgegner gegenüber einen Verzicht abgeben kann, so ist sie gemäß § 79 Abs. 2 der Reichs-Civilprozeßordnung auch berechtigt, sich hierzu eines Rechtsanwaltes zu bedienen, und zwar nach § 26 der Rechtsanwaltsordnung ohne Unterschied, bei welchem Gerichte derselbe zugelassen ist, oder selbst eines Nichtanwaltes. (B. O. L. 17. IX. 81.) S. IX. (83.) 278. 279.

2. **Einschränkungen der Vollmacht des Prozeßbevollmächtigten durch Briefe.** (R. G. 16. IX. 85.) U. u. A. III. (174.) 375.

§ 80. **§ 80.**

Mehrere Bevollmächtigte sind berechtigt, sowohl gemeinschaftlich als einzeln die Partei zu vertreten. Eine abweichende Bestimmung der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber keine rechtliche Wirkung.

E. G. § 13. H. G. B. Art. 41 Abs. 3, 86 Nr. 4, 100, 115.

§ 81. **§ 81.**

Die von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Prozeßhandlungen sind für die Partei in gleicher Art verpflichtend, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen wären. Dies gilt von Geständnissen und anderen thatsächlichen Erklärungen, insoweit nicht dieselben von der miterschienenen Partei sofort widerrufen oder berichtigt werden.

§ 86.

1. **Auch im Anwaltsprozesse ist der Parteivertreter an die von seiner Partei vor Gericht** (gemäß § 132 der R. C. P. O., oder bei ihrer freiwilligen Anwesenheit an Gerichtsstelle, § 81) **persönlich abgegebenen Erklärungen gebunden.** Dem Anwalte ist es also nicht gestattet, die von ihm vertretenen Ansprüche seiner Partei auf Thatsachen zu gründen, welche von der Gegenpartei behauptet, von der eigenen Partei aber vor dem Prozeßgerichte bestritten sind. (R. G. 15. XII. 83.) A. IX. (51.) 266. 267. R. C. X. (139.) 423—425. R. A. 1884 bes. Beil. 2 S. 7. S. hierüber bei § 132.

2. **Grenzen der Widerrufs- und Berichtigungsbefugniß der miterschienenen Partei im Verhandlungstermin.** Die Befugniß des § 81 erstreckt sich nicht auf eigentliche Prozeßhandlungen, insbesondere nicht auf die die Grenzen des Rechtsstreites bestimmenden Anträge (§ 628 Nr. 1, 269, 487 der C. P. O.), welche im Anwaltsprozesse nur von dem zur Prozeßführung Bevollmächtigten (§ 74 a. a. O.) ohne prozessualische Mitwirkung

Digitized by Google

der Partei selbst gestellt werden können. (R. G. 16. IX. 85.) U. u. A. III. (174.) 375 ff. 379.

§ 82.

§ 82.

Die Vollmacht wird weder durch den Tod des Vollmachtgebers, noch durch eine Veränderung in Betreff seiner Prozeßfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung aufgehoben; der Bevollmächtigte hat jedoch, wenn er nach Aussetzung des Rechtsstreits für den Nachfolger im Rechtsstreit auftritt, eine Vollmacht desselben beizubringen.

H. G. B. Art. 54.

§ 83.

§ 83.

Dem Gegner gegenüber erlangt die Kündigung des Vollmachtvertrags erst durch die Anzeige des Erlöschens der Vollmacht, in Anwaltsprozessen erst durch die Anzeige der Bestellung eines anderen Anwalts rechtliche Wirksamkeit.

Der Bevollmächtigte wird durch die von seiner Seite erfolgte Kündigung nicht gehindert, für den Vollmachtgeber so lange zu handeln, bis dieser für Wahrnehmung seiner Rechte in anderer Weise gesorgt hat.

H. G. B. Art. 83.

1. **Die Unwirksamkeit der Kündigung der Anwaltsvollmacht dem Gegner gegenüber gemäß § 83 der C. P. O. hindert nicht die Vornahme von Prozeßhandlungen durch einen anderen Anwalt.** Für die Frage nach der Legitimation des die Berufung einlegenden Anwalts kommt es nur darauf an, daß diesem Vollmacht ertheilt war; völlig gleichgültig für diese Frage dagegen ist es, ob die Vollmacht des bisherigen Anwalts daneben noch bestand oder ob sie erloschen war, und es ist folgeweise z. B. auch eine nicht erfolgte Anzeige von dem angeblichen Erlöschen einer Vollmacht nicht geeignet, die Rechtsbeständigkeit der durch einen ordnungsmäßig bevollmächtigten Anwalt geschehenen Ber.-Einlegung in Zweifel zu ziehen. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg v. 25. Nov. 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (144.) 220. 221.

2. **Nach § 83 erlangt dem Gegner gegenüber die Kündigung des Vollmachtsvertrages im Anwaltsprozeß erst durch die Anzeige der Bestellung eines andern Anwaltes rechtliche Wirksamkeit und wird der Bevollmächtigte durch die seinerseitige Kündigung nicht behindert, für seinen Mandanten so lange zu handeln, bis derselbe für Wahrnehmung seiner Rechte in anderer Weise gesorgt hat.** Ebendasselbe muß auch dem Gericht gegenüber gelten, wie dies schon daraus hervorgeht, daß es grundsätzlich (§ 162) für jede Instanz nur eine Person geben darf, der für die Partei gültig zugestellt werden kann (Entsch. des R. G. Bd. 4 S. 415). Es würden aber deren zwei vorhanden sein, wenn für den Fall, daß der Prozeßbevollmächtigte höherer Instanz das Mandat kündigt, die von dem gegnerischen Anwalt zu bewirkenden Zustellungen an diesen Prozeßbevollmächtigten, dagegen die durch das Gericht zu veranlassenden Zustellungen an den erstinstanzlichen Bevollmächtigten geschehen müßten. Beschluß des O. L. G. zu Kiel v. 20. Jan. 1885. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 242 S. 354.

§ 84.

§ 84.

Der Mangel der Vollmacht kann von dem Gegner in jeder Lage des Rechtsstreits gerügt werden.

Das Gericht hat den Mangel der Vollmacht von Amtswegen zu berücksichtigen, insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist.

1. **Auch beim Armenanwalt kann der Mangel der Vollmacht gemäß § 84 der R. C. P. O. vom Gegner in jeder Lage des Rechtsstreits gerügt**

Digitized by Google

werden. Bis zu dieser Rüge ist freilich eventuell der Mangel vorhanden, aber für das Verfahren wird er erst mit der Rüge wirksam. Bis dahin gilt der Armenanwalt, wie jeder als Parteivertreter auftretende Rechtsanwalt, dem Gericht und dem Prozeßgegner gegenüber als ein mit Prozeßvollmacht versehener Vertreter. Das Verfahren geht seinen Weg ganz so, als hätte er sich durch Vorlegung der Vollmacht legitimirt. **Erst nach der Rüge des Gegners hat er gemäß § 76 die Bevollmächtigung durch schriftliche Vollmacht nachzuweisen und erst, wenn dies nun nicht erfolgt, wird er für das weitere Verfahren nicht mehr als Vertreter behandelt, d. h. die von ihm bisher nicht vertretene Partei gilt von da ab als überhaupt nicht mehr vertreten, verfällt den Folgen der Versäumniß. Aber bis zu diesem Zeitpunkt ist er auch im Sinne des § 162 der Prozeßbevollmächtigte derselben.** — Damit stimmen die Kommentare von Struckmann, Wilmowsky und namentlich von Endemann, welcher eingehender sich über die Frage ausläßt, überein; sie alle nehmen zu § 84 an, daß die Rüge nicht zurückwirkt. Es muß insbesondere Struckmann beigetreten werden, wenn er zu § 84 Nr. 2 sagt: „Die Anfechtung eines Erkenntnisses durch Berufung, Revision oder Nichtigkeitsklage ist auf den Mangel nur zu gründen, wenn das Rügerecht nicht beachtet, resp. die Legitimation unrichtig entschieden oder Abs. 2 verletzt ist." Hat der Gegner von seinem Rügerecht nicht Gebrauch gemacht, so hat der Richter, welcher den sich als Vertreter der Partei präsentirenden Rechtsanwalt ohne weiteres zur mündlichen Verhandlung zuläßt, dem Gesetz entsprechend gehandelt, da dieses im Anwaltsprozesse dem Richter die Befugniß, die Prozeßlegitimation von Amts wegen zu prüfen, entzieht. Es ist dann nicht abzusehen, wo in solchen Fällen ein Mangel des Verfahrens liegen soll. **Bis dahin gilt der Anwalt auch zur Entgegennahme aller Zustellungen, einschließlich derjenigen der Restitutionsklage, berechtigt** (§§ 162, 163), denn nach § 163 sind als zur Instanz gehörig auch diejenigen Prozeßhandlungen anzusehen, welche das Verfahren vor dem Instanzgericht in Folge einer Wiederaufnahme des Verfahrens zum Gegenstande haben. (R. G. 7. IV. 83.) A. VIII. (16.) 81. 82.

2. **Die Rüge der §§ 74, 84 hat keine rückwirkende Kraft, ist also erledigt, wenn der Anwalt zur Zeit der Rüge Vollmacht nachweist.** Der Zweck dieser Paragraphen ist nur, den Gegner dagegen zu schützen, daß er mit einem unberechtigten Vertreter weiter verhandle. Dagegen besteht das Recht des Gegners nicht darin, den Nachweis zu verlangen, daß der Vertreter in irgend einer vergangenen Zeit, wo der Gegner selbst für ihn legitimirt angenommen hat, wirklich Vollmacht gehabt habe. (R. G. 7. IV. 83.) A. VIII. (16.) 82. 83.

3. **Im Anwaltsprozesse ist der Vollmachtsmangel von Amtswegen nicht zu berücksichtigen** (§ 84 C. P. O., Motive zu § 82 des Entw. S. 107). (R. G. 26. VI. 83.) R. C. IX. (115.) 392.

4. **Dem Gegner gegenüber besteht eine Verpflichtung zur Anzeige, daß ein Anwalt als Prozeßbevollmächtigter auftrete,** wegen des wichtigen Einflusses auf die Durchführung des Rechtsstreits, wie auch hinsichtlich des Anwaltsprozesses in den Motiven zum Entwurf der C. P. O. S. 99 als nothwendig anerkannt und im § 83 der C. P. O. in Bezug auf Kündigung der Vollmacht zum Ausdruck gelangt ist. Tritt nun ein Anwalt

Digitized by Google

im Anwaltsprozeß im Interesse einer Partei auf, so kann nach § 84 Abs. 1 der Gegner den Mangel der Vollmacht rügen, und demnach kann er auch rügen, daß aus der Art des Auftretens nicht zu ersehen sei, welche Stellung der Anwalt einnehme, ob die eines Prozeßbevollmächtigten der Partei oder die eines Vertreters des Prozeßbevollmächtigten. Dagegen vermag das Gericht nach § 84 Abs. 2, sofern es sich um eine Thätigkeit des Anwalts handelt, für welche Anwaltszwang besteht, diesfalls keinen Anstand zu erheben. Urtheil des obersten L. G. für Bayern v. 17. Februar 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 252 S. 352. 353.

5. Folgen der Versäumniß der Frist zur Beibringung eines vollständigen Legitimationsnachweises (§§ 54, 84, 209 der R. C. P. O.). — (R. G. 30. IV. 84.) S. hierüber bei § 54 Abs. 2 ad A. X. (63.) 262.

III. Vertretung ohne Vollmacht.

§ 85.

§ 85.

Handelt Jemand für eine Partei als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigter ohne Beibringung einer Vollmacht, so kann er gegen oder ohne Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden zur Prozeßführung einstweilen zugelassen werden. Das Endurtheil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beibringung der Genehmigung zu bestimmende Frist abgelaufen ist.

§§ 54, 101 H. G. B. Art. 317.

Die Partei muß die Prozeßführung gegen sich gelten lassen, wenn sie auch nur mündlich Vollmacht ertheilt oder wenn sie die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.

§ 76.

1. Abs. 1. Die Vorschrift des § 85 C. P. O., daß das Endurtheil erst erlassen werden darf, nachdem die Frist zur Beibringung der Genehmigung der von einem nicht bevollmächtigten Vertreter vorgenommenen Handlungen abgelaufen ist, schließt nur die frühere Abgabe eines Endurtheiles aus und läßt daher den Erlaß desselben nach fruchtlosem Ablauf der Frist zu. (R. G. 1. IV. 85.) U. u. A. II (15) 21.

2. Die gesetzliche Folge der Versäumung einer nach Maßgabe von § 85 Abs. 1 C. P. O. bestimmten Frist besteht nicht in der Ausschließung mit der betreffenden Legitimation. In Wirklichkeit hat eine solche Frist nur die Bedeutung, daß demjenigen, dem die Beschaffung der Legitimation auferlegt ist, kein Recht darauf zusteht, daß nach Ablauf der Frist noch länger abgewartet werde, ob er die Legitimation werde beschaffen können oder nicht. (R. G. 30. IV. 84.) R. C. XIV. (122.) 433.

3. Ein Konsul kann niemals als gesetzlicher Vertreter seines Heimathsstaates im Prozesse angesehen, sondern ohne besondere Vollmacht immer nur als vorläufiger Prozeßvertreter zugelassen werden. (R. G. 30. IV. 84.) R. C. XIV. (122.) 430.

4. Ueber den Umfang der Prozeßlegitimation eines Konsuls zur Vertretung seines Heimathsstaats oder dessen Angehöriger siehe Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 30. April 1884 in S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 58 S. 93 ff.

5. Legitimation des Konsuls eines auswärtigen Staates, bei einer Nothhilfe (Arrest) zum Schutze des Vermögens seines Staates im Deutschen Reiche als Vollmachtgeber aufzutreten (§§ 85, 82 der R. C. P. O.). Ein Konsul ist in Fällen dieser Art zu vorläufigen konservatorischen Maßregeln

Digitized by Google

befugt (vgl. auch de Cussy, Réglements consulaires p. 20) und liegt kein Grund vor, diese Befugnisse auf die Interessen einzelner Angehöriger des Heimathstaates zu beschränken und nicht auch auf diejenigen dieses Staates selbst zu erstrecken. Zunächst handelt es sich dabei übrigens um die Befugniß und daher auch um die Pflicht des Konsuls dem Heimathsstaate und dessen Angehörigen gegenüber; es wird indessen nicht zu bezweifeln sein, daß die Legitimation Dritten, insbesondere auswärtigen Behörden gegenüber ebensoweit reichen muß. Alles dies führt jedoch nur zu dem Ergebnisse, daß der Konsul für solche Fälle vorläufig als genügend legitimirter Vertreter der heimathlichen Partei anzusehen ist; es ist kein Grund erfindlich, weßhalb man auch nur in Betreff der Bestellung des eigentlichen Prozeßbevollmächtigten so weit gehen sollte, dem Konsul die Befugniß zu einer solchen im Namen der Partei gleich für den ganzen Arrestprozeß zuzuschreiben. Nach Verlauf einer angemessenen Frist, die für die Einholung der eigenen Willensmeinung der Partei ausreicht, wird man doch immer eine von der letzteren selbst ertheilte Vollmacht verlangen müssen. Die R. C. P. O. nun gibt es in § 85 Abs. 1 im allgemeinen schon dem richterlichen Ermessen anheim, einen Geschäftsführer ohne Auftrag oder einen angeblichen Bevollmächtigten selbst ohne Sicherheitsleistung einstweilen zur Prozeßführung zuzulassen. Aus der besonderen Stellung des Konsuls würde sich für die Anwendung dieser Bestimmung in Fällen der soeben besprochenen Art nur noch das ergeben, daß es richtig sei, von derselben in Beziehung auf die Person des Konsuls, bezw. in Anwaltsprozessen auf die Person desjenigen Anwalts, der sich vorläufig wenigstens auf eine ihm vom Konsul ertheilte Vollmacht berufen kann, Gebrauch zu machen. (R. G. 30. IV. 84.) A. X. (63.) 261.

6. **Abs. 2. Die Zustellung einer Klage an einen zum Prozesse nicht Legitimirten ist an sich nicht rechtswirksam und vermag folglich eine Rechtshängigkeit nicht zu begründen.** Derselbe vollzieht aber dadurch, daß er die Zustellung entgegennimmt, einen Akt der Prozeßführung für die Partei und muß letztere diesen Akt gegen sich gelten lassen, wenn sie die Prozeßführung durch eine dem für sie Handelnden nachträglich ertheilte Vollmacht genehmigt. **Eine nachträgliche Genehmigung führt aber rückwirkend auf den Zeitpunkt dieser anfänglich ungültigen Zustellung die Rechtshängigkeit herbei.** Da aber die Bewirkung der Zustellung der Klage an einen, der zur Annahme der Zustellung nicht berechtigt war, als ein Verstoß gegen die Vorschriften über das Zustellungsverfahren anzusehen ist, so hat die Partei das Recht, diesen Verstoß zu rügen, sie verwirkt aber gemäß § 267 dieses Recht, wenn sie diese Rüge nicht rechtzeitig erhebt. (R. G. 20. IV. 83.) R. C. IX. (12.) 69.

IV. Beistandschaft.

§ 86. **§ 86.**

Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, kann eine Partei mit jeder prozeßfähigen Person als Beistand erscheinen.

§ 81.

Das von dem Beistande Vorgetragene gilt als von der Partei vorgebracht, insoweit es nicht von dieser sofort widerrufen oder berichtigt wird.

Digitized by Google

Fünfter Titel.

Prozeßkosten (§§ 87—100).

§ 87.

§ 87.

Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit dieselben nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig waren.

Die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei sind in allen Prozessen zu erstatten, Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts jedoch nur insoweit, als die Zuziehung nach dem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig war. Die Kosten mehrerer Rechtsanwälte sind nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten eines Rechtsanwalts nicht übersteigen, oder als in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel eintreten mußte.

§§ 77, 98, 108, 591, 601, 614, 617, 622, 632, 638, 685, 697, 760.

1. **Abs. 1. Die Pflicht zur Erstattung beruht nicht auf den Grundsätzen über die Verbindlichkeit zum Ersatze eines widerrechtlich zugefügten Schadens, sondern ist lediglich eine gesetzliche Folge des Unterliegens im Prozesse. Daraus folgt, daß sie sich nicht auf alle Schäden beziehen kann, welche der obsiegenden Partei in Folge der Prozeßführung zugegangen sind,** sondern, wie der Abs. 1 des § 87 C. P. O. zu erkennen gibt, auf die erwachsenen Kosten zu beschränken ist, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Vertheidigung nothwendig waren. — Mit dieser Bestimmung, welche nur von einem wirklichen Aufwande aus dem Vermögen zum Zwecke der Prozeßführung verstanden werden kann, ist also der Ersatz eines in Folge des Prozesses oder einer Prozeßhandlung entgangenen Gewinnes ausgeschlossen. **Wenn etwa der Partei, weil sie einem auswärtigen Termine anwohnen mußte, der Gewinn einer auf die gleiche Zeit eingeleiteten oder ihr eröffneten Spekulation oder aus einer auf diese Zeit fertig zu stellenden oder abzuliefernden Arbeit entgangen ist, so ist dies kein Aufwand, dessen Ersatz schon auf Grund des § 87 Abs. 1 C. P. O. gefordert werden kann, sondern es sind hierüber die allgemeinen Grundsätze über Ersatz eines widerrechtlich zugefügten Schadens (L. R. S. 1382 ff.) maßgebend. Von gleicher Art sind die Ansprüche für Zeitversäumniß wegen der Gänge zum Anwalte oder der Anwesenheit bei einem auswärtigen Termine,** sie müssen deßhalb auch nach den gleichen Grundsätzen behandelt werden. (R. G. 20. XI. 83.) R. C. X. (134.) 410. 411. A. IX. (34.) 170. 171.

2. **Die Vorschrift des § 87 betrifft nur die Prozeßkosten, d. h. die zum Zweck der Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung im Rechtsstreit aufgewendeten Kosten, welche als Accessorium des Streitgegenstandes behandelt und deßhalb der Partei auferlegt werden, welche in der Hauptsache unterliegt. Sie betrifft dagegen nicht die nur mittelbar durch den Rechtsstreit verursachten Schäden. Schadensersatzansprüche wegen derartiger Nachtheile liegen, wie die Motive zu §§ 85 bis 87 des Entwurfs der R. C. P. O. hervorheben, außerhalb des Prozeßkostenersatzes und können nicht schon durch die bloße Thatsache des Obsieges im Rechtsstreite begründet, sondern nur auf weitere die Schadensersatzpflicht begründende Umstände gestützt werden.** (R. G. 7. VI. 82.) S. hierüber bei § 805 ad A. VI. (90.) 395. 396.

3. Der im § 87 gebrauchte Ausdruck **„erwachsene Kosten"** läßt sich

Digitized by Google

nicht dahin pressen, als ob damit nur baare Auslagen hätten gemeint sein sollen; denn Kosten können einer Partei auch in der Weise erwachsen, daß sie in anderer Form als durch Ausgabe baaren Geldes Vermögensaufwendungen macht, z. B. durch Verbrauch oder Abnutzung anderer körperlicher Gegenstände, baare Auslagen und wirklicher Aufwand aus dem eigenen Vermögen decken sich also nicht. In den Motiven zur C. P. O. (S. 111 ff.) wird der Gegenstand und der Umfang der Erstattungspflicht des Gegners folgendermaßen umschrieben: „Gegenstand der Erstattungspflicht sind die durch den Prozeß entstandenen Kosten der Partei, ohne Rücksicht darauf, ob dieselben an das Gericht oder an einen anderen Zahlungsempfänger gezahlt sind (im Sinne des preuß. Prozesses die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten). Außerhalb des Prozeßkostenersatzes liegen Schadensansprüche, deren Fundament nicht allein durch die Thatsache des Obsiegs im Rechtsstreit, sondern durch weitere Umstände begründet wird. Solche Forderungen sind in besonderem Prozeß zu verfolgen". Durch die Verweisung auf die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten im Sinne des preuß. Prozesses, welcher einen Anspruch der obsiegenden Partei auf Ersatz ihrer Versäumnisse in mäßigem Umfange anerkannte (A. G. O. Anh. § 44 zu § 6 I. 3, Anh. § 137 zu § 25 I. 23 und § 60 dieses Titels; Verordnung vom 29. März 1884 § 10; Ges. vom 1. Juli 1875 § 16), wird der etwaige Zweifel abgeschnitten, ob die Motive in dem oben citirten ersten Satz nicht bloß bezahlte Kosten gemeint hätten. Aus dem citirten zweiten Satz ergibt sich überdies, daß die Motive selber die Erstattungsfähigkeit von Schadensersatzansprüchen anerkennen, vorausgesetzt nur, daß dieselben sich nicht auf weitere Umstände als auf die bloße Thatsache des Obsiegs im Prozeß gründen. Um darüber klar zu werden, was unter dieser Voraussetzung zu verstehen ist, muß man sich vergegenwärtigen, daß die C. P. O., abweichend vom früheren Recht, die Ersatzpflicht bezüglich der Prozeßkosten an die bloße Thatsache des Unterliegens im Prozeß anknüpft, den Gesichtspunkt einer Strafe oder der Verpflichtung aus einem Verschulden also aufgegeben hat. Daraus folgt von selbst, daß sie die Erstattungspflicht nur auf solche Kosten erstrecken durfte, welche die unmittelbare Folge der Prozeßführung gewesen sind. Hat die obsiegende Partei erst in weiterer Folge der Prozeßführung, mittelbar Schaden erlitten, so gebrach es an einem Grunde, sie bezüglich des Ersatzes dieser Schäden bloß um deßwillen, weil sie sich an die Prozeßführung anknüpften, günstiger zu stellen, als wenn sie mit einem sonstigen Ereigniß zusammengehangen haben würden; es genügte vielmehr, der Partei in dieser Hinsicht diejenigen Rechtsmittel zu belassen, welche ihr das Rechtssystem sonst gewährte; und umgekehrt konnten ihr diese Rechtsmittel auch mit der Befugniß zur selbständigen Geltendmachung belassen werden, ohne die deßfälligen Ansprüche der Partei zu einer unselbständigen, nur in dem betreffenden Prozeß selbst zu verfolgenden Nebensache herabzudrücken, wie dies bezüglich der in § 87 behandelten eigentlichen Prozeßkosten zu geschehen ist. In Anwendung dieser Grundsätze erscheint es zunächst nicht zweifelhaft, daß die **Zehrungskosten** einer Partei auf ihren Reisen zu den Terminen als unmittelbare und nothwendige Folge der Prozeßführung angesehen werden müssen. Auch **Fuhrkosten** müssen unmittel-

Digitized by Google

bar auf die Prozeßführung zurückgeführt werden. Eine unmittelbare Folge der Prozeßführung ist auch der Zeitverlust einer Partei durch die Reisen zu den Terminen. Damit ist aber freilich noch nicht die Frage entschieden, ob daraus Kosten für ihn erwachsen sind, welche als unmittelbare Prozeßfolge anzusehen wären, oder, wie die Motive sich ausdrücken: ob daraus ein Schaden entstanden ist, welcher sich allein auf die Thatsache des Obsiegs im Prozeß und nicht auf weitere Umstände gründet. Solche weitere Umstände liegen z. B. dann vor, wenn einer Partei durch die Reise zum Termin der Gewinn aus einer auf die gleiche Zeit eingeleiteten Spekulation oder aus einer auf diese Zeit fertig zu stellenden Arbeit entgangen ist (Entsch. des R. G. Bd. 10 S. 411 ff.). Davon verschieden ist aber der Fall, wenn einer Partei aus der Zeitversäumniß ohne Weiteres ein Geldverlust erwächst, wie dies z. B. bei den gewöhnlichen Arbeitsleuten der Fall ist. Es ist dies freilich ein „entgangener Gewinn", derselbe stellt sich aber sowohl nach dem Sprachgebrauch wie nach den wirthschaftlichen Folgen als ein unmittelbar aus dem Prozeßbetrieb entsprungener Schaden dar und hat bewirkt, daß der Partei Kosten erwachsen sind. Es kann darum der Ausspruch des R. G. in einem Urtheil (R. C. X. (134.) 410): daß die Ansprüche für Zeitversäumniß nach den gleichen Grundsätzen wie die Ansprüche wegen entgangenen Spekulationsgewinns 2c. behandelt werden müßten, in dieser Allgemeinheit nicht für richtig gehalten werden. Praktisch würde diese Ansicht auch zu sehr unerwünschten Resultaten führen, indem diejenigen Volksklassen, für welche der Zeitverlust dem Verlust baaren Geldes gleichsteht, diesen Schaden in den meisten Fällen nach siegreich durchgeführtem Prozeß selber tragen müßten; denn wenn ein solcher Schaden nicht zu den Prozeßkosten des § 87 gehört, würde der Ersatz desselben nur beim Nachweis eines anderweitigen Verpflichtungsgrundes von der Gegenpartei ersetzt verlangt werden können, dieser also namentlich der schwierige Beweis eines ihrerseitigen Verschuldens geliefert werden müssen (vgl. Jastrow im Arch. für civ. Praxis Bd. 68 S. 389 ff.). Ob nun aber einer Partei aus der Zeitversäumniß unmittelbar ein Geldverlust erwachsen ist, läßt sich nur nach den Umständen des einzelnen Falls beurtheilen. Der Partei liegt nach § 99 der C. P. O. ob, den bezüglichen Ansatz glaubhaft zu machen. Beschluß des O.L.G. zu Kiel vom 23. Dezember 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (145.) 221—225.

4. **Der Aufwand für Wege einer Partei von ihrem Wohnort zu ihrem Prozeßbevollmächtigten bezw. zum Sitz des Prozeßgerichts unterfällt nicht dem Begriff der eigentlichen Kosten des Rechtsstreits im Sinne des § 87 der C. P. O.**, deren Festsetzung zur Erstattung vom Gegner bezw. zum Zweck der Zwangsvollstreckung ohne Weiteres nach § 98 der C. P. O. zu erfolgen hätte. Dieser Aufwand charakterisirt sich lediglich als ein Schaden, welcher einer Partei neben den Prozeßkosten aus der Prozeßführung erwachsen ist. Er setzt sich zusammen aus den Ansprüchen auf Schadloshaltung hinsichtlich der Transportkosten, der Zehrungskosten während der Reise und der Versäumniß an Zeit für die Partei. Ohne Gehör des Gegners und bezw. ohne stattgehabte Verhandlung und Entscheidung über derartige Schadensersatzansprüche ist ein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel nicht zu erlangen; sie sind nicht in den Prozeß-

Digitized by Google

kosten nach § 87 der C. P. O. inbegriffen und nicht als solche festzusetzen, wie sich dies auch aus den Motiven zu dieser Gesetzesbestimmung S. 112 ergibt. (Siebenhaar, Kommentar zur C. P. O zu § 87 S. 143; Wilmowsky u. Levy, Kommentar zu § 87 Anm. 1 S. 122 2. Aufl.) Entsch. des gemeinsch. thüring. O. L. G. zu Jena vom 15. Oktober 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 251 S. 357.

5. **Zu den nach § 87 der C. P. O. durch die unterliegende Gegenpartei zu ersetzenden Kosten gehören auch die Kosten der Verbringung der Akten, deren Einsicht in einem Rechtsstreit für den Rechtsanwalt erforderlich ist, in die Wohnung des Letzteren, und von da wieder zurück in das Gerichtsgebäude,** da der Rechtsanwalt bei der Einsicht der Akten auf der Gerichtskanzlei mancherlei nicht wohl vermeidbaren äußeren Störungen, welchen sich derselbe in seiner Wohnung entziehen kann, ausgesetzt ist, daher die Einsicht der Akten in der Wohnung zu Förderung der dem Rechtsanwalt vertretenen Sache dient und jener Umstand als ein zweckentsprechender erscheint. Beschluß des O. L. G. zu Stuttgart vom 28. September 1885. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 55 S. 83.

6. Ueber die Frage, **ob die Kosten einer Beglaubigung der Prozeßvollmacht von dem kostenpflichtigen Gegner zu ersetzen sind,** folgendes: Zu den zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendigen Kosten können zwar nicht unter allen Umständen die Kosten der Beglaubigung der Prozeßvollmacht der obsiegenden Partei gerechnet werden, indem nach § 84 der C. P. O. im Anwaltsprozeß die Vollmacht und nach § 76 ganz allgemein deren Beglaubigung nur auf Verlangen des Gegners beschafft zu werden braucht, die Nothwendigkeit der Kosten einer Beglaubigung also erst in dem im Anwaltsprozeß erfahrungsmäßig höchst seltenen Fall eintritt, daß eine Vollmacht und auch die Beglaubigung derselben vom Gegner begehrt wird. Anders aber, wenn es sich um einen höchst dringlichen Anspruch handelt; hier kann, um einer Verzögerung der Verhandlung für den Fall des Verlangens einer beglaubigten Vollmacht vorzubeugen, dem Vertreter von vornherein eine solche ertheilt werden. Beschluß des O. L. G. zu Hamburg vom 29. Januar 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 150 S. 214.

7. **Die Pflicht zur Tragung und Erstattung der Prozeßkosten, die Durchführung des Erstattungsverfahrens, die Festsetzung des Streitgegenstandeswerthes bei den gemäß Art. 27 des Handelsgesetzbuches angestrengten Rechtsstreitigkeiten werden nach den betreffenden Bestimmungen der deutschen Civilprozeßordnung und den mit dieser Prozeßordnung konnexen Vorschriften des Deutschen Gerichtskostengesetzes geregelt; anders ist es aber mit der Kostenerstattung in dem Verfahren von Amts wegen nach Art. 26 l. c.** Für die Androhung von Ordnungsstrafen werden Gebühren und Auslagen, falls es nicht zur Festsetzung derselben kommt, nicht erhoben. Wird dagegen die Ordnungsstrafe festgesetzt, so bildet ihr Betrag den Maßstab für die (im Wesentlichen nach den in dem Deutschen Gerichtskostengesetze für Strafsachen gegebenen Prinzipien zu berechnenden) Kosten, welche der Betheiligte zu tragen hat, wie ihm auch die Gebühren desjenigen Rechtsanwaltes zur Last fallen, welchen er etwa zum Bevollmächtigten bestellt hat. (R. G. 22. V. 80.) R. C. II. (63.) 224. 225.

Digitized by Google

8. **Die Auslagen für den Patentanwalt sind nicht erstattbar.** (R. G. 20. IX. 1884.) U. u. A. I. (57.) 108.

9. **Schreibgebühren für Konzepte sind unerstattbar.** (R. G. 8. XI. 84.) U. u. A. I. (79.) 130.

10. **Auch eine doppelt** (von zwei Anwälten) **berechnete Beweisgebühr** (§§ 9, 13 Abs. 4 der Geb.-O. f. R.-Anw.) **kann erstattungsfähig sein** (§ 87 der R. C. P. O.), **wenn dadurch höhere Kosten** (z. B. Reisekosten) **des Prozeßbevollmächtigten erspart werden und die Vertretung der Substituten im Parteiinteresse lag.** (R. G. 21. VI. 1884.) U. u. A. I. (12.) 30.

11. Nach § 86 des Gerichtskostengesetzes ist Schuldner der entstandenen Gebühren und Auslagen derjenige, welchem durch gerichtliche Entscheidung die Kosten des Verfahrens auferlegt worden sind. Diese Gerichtskosten werden — von der Vorschrift des § 94 Ziff. 1 daselbst abgesehen — nach § 93 des Gerichtskostengesetzes fällig, sobald das Verfahren oder die Instanz durch unbedingte Entscheidung über die Kosten beendigt ist. Indem das Gesetz solchergestalt die richterliche Entscheidung ohne Rücksicht auf deren Rechtskraft zur thatsächlichen Grundlage der Kostenerstattungspflicht der Parteien gegenüber der Staatskasse nimmt, setzt es voraus, daß diese Verbindlichkeit nicht bloß zur Zeit der Kostenaufforderung bestehe, sondern auch bis zur Kostenzahlung in Wirksamkeit bleibe. Es verordnet daher in § 87, daß die durch gerichtliche Entscheidung begründete Verpflichtung zur Zahlung der Gebühren und Auslagen (§ 86 a. a. O.) erlösche, insoweit eine Aufhebung oder Abänderung der Entscheidung erfolge. **Es ergibt sich hieraus, daß die aus § 86 a. a. O. herzuleitende Kostenerstattungspflicht keine endgültige, sondern eine vorläufige ist und mit der Beseitigung des ergangenen richterlichen Urtheils von selbst aufhört.** Die Ausnahme, welche der Abs. 2 des § 87 von der Regel des Abs. 1 a. a. O. macht, trifft nur den Fall, daß der nach der früheren Entscheidung Zahlungspflichtige auf die ergangene Aufforderung die berechneten Gebühren an die Staatskasse wirklich bezahlt hat; alsdann soll eine Rückzahlung dieser Beträge, soweit der Gebührenansatz bestehen bleibt, nicht stattfinden, nach dem Grunde des Gesetzes aber nicht eben deßhalb, weil eine fortdauernde Verpflichtung zur Tragung der entstandenen Gebühren und Auslagen als begründet anzunehmen sei, sondern deßhalb, weil die betreffende Partei zur Zeit der Zahlung immerhin nach § 87 a. a. O. Schuldnerin der Staatskasse war und daraus, daß sie nach diesem Zeitpunkte bei veränderter Sachlage aufhört, Schuldnerin zu sein, nur folgt, daß sie die noch nicht bezahlten Beträge fernerhin nicht mehr schuldet. (R. G. 9. III. 86.) R. C. XV. (116.) 415. 416.

12. Nach § 87 darf nur die schließlich unterliegende Partei in die Kosten des Rechtsstreites verurtheilt werden. **Es darf also in einem nach § 276 C. P. O. nur über den Grund des Anspruchs vorab entscheidenden Urtheile über die Kosten noch nicht entschieden werden, es ist vielmehr diese Entscheidung dem schließlichen Endurtheile über den Betrag der dem Kläger von der Beklagten zu leistenden Entschädigung** schon nach § 88 C. P. O. **vorzubehalten,** weil erst durch dieses Urtheil festgestellt wird, ob Kläger nicht mindestens zum Theil mit seinem Anspruche

Digitized by Google

abzuweisen ist und demgemäß die Kosten gegeneinander aufzuheben oder zu theilen sind. (R. G. 26. IV. 84.) R. C. XIII. (104.) 390.

13. **In einem Urtheil, in welchem der Grund des Anspruchs vorab für begründet erklärt wird, darf über die Kosten nicht erkannt werden.** Ein Urtheil, welches gemäß § 276 der C. P. O. ergeht, ist in dem Fall ein Endurtheil, wenn es den Grund des Anspruchs für hinfällig erklärt; denn damit ist zugleich der auf einen bestimmten Betrag gehende Klagantrag zurückgewiesen und der ganze Rechtsstreit definitiv entschieden. Auf diesen Fall paßt der § 87. Dagegen ist ein Urtheil, durch welches der Grund des Anspruchs für begründet erklärt wird, ein Zwischenurtheil, da aus demselben noch nicht folgt, daß der Kläger irgend etwas wirklich zu fordern hat. Wenn sich der Betrag seines Schadens als Null ergibt, oder wenn in dem Verfahren zur Festsetzung des Betrags gegen ihn ein Versäumnißurtheil ergeht, so wird ihm trotz des vorab erlassenen Urtheils nichts zugesprochen; er ist der unterliegende Theil. Daher sagt § 276 auch nur, daß das Urtheil in Betreff der Rechtsmittel (also nicht in anderen Beziehungen) als Endurtheil anzusehen sei, nicht, daß es ein Endurtheil ist. Auch paßt der § 87 nicht auf diesen Fall; denn der Beklagte ist noch nicht Unterliegender im Rechtsstreit, dies wird sich erst entscheiden, wenn feststeht, welcher Betrag dem Kläger zuzusprechen ist. Auch wenn durch ein Revisionsurtheil das Ber.-Urtheil aufgehoben und die Sache in die Ber.-Instanz zurückverwiesen ist, liegt keine Entscheidung über die Kosten der Ber.- und Rev.-Instanz vor, und, wenn keine der Parteien den Rechtsstreit betreibt, geschieht es, daß es zu einem weiteren Urtheil über die Kosten überhaupt nicht kommt, und ebenso kommt es zu einem Urtheil über die Kosten der 1. Instanz nicht, wenn beide Theile das Verfahren ruhen lassen. Dies ist eine Folge des Grundsatzes, daß der Prozeßbetrieb lediglich den Parteien überlassen ist. Anders verhält es sich mit den Kosten der Ber.- und Rev.-Instanz, da über diese nach § 92 zu entscheiden ist, weil die Voraussetzung dafür, nämlich Erfolglosigkeit der Rechtsmittel, vorliegt. Urtheil des Reichsgerichts vom 19. November 1883. R. A. 1884, bes. Beil. 1 S. 9. S. A. Bd. 39 bezw. 9 (252.) 346.

14. **Bei Zurückweisung einer prozeßhindernden Einrede ist auf Grund des § 87 nicht über die Kosten zu erkennen.** Der § 87 C. P. O. paßt hier nicht, da in einem solchen Falle noch kein Definitivurtheil in der Sache selbst erlassen ist, also von einer unterliegenden Partei noch keine Rede sein kann. Es kann sich höchstens fragen, ob nach § 91 C. P. O. die erwachsenen Kosten des ohne Erfolg gebliebenen Vertheidigungsmittels dem Beklagten aufzuerlegen sind. Es ist aber zu prüfen, ob dazu ein genügender Anlaß vorliegt. In Ermangelung eines solchen ist erst im Endurtheile auch über die erwachsenen Kosten dieses Vertheidigungsmittels zu entscheiden. Im Berufungsfalle sind dagegen in Anwendung des § 92 C. P. O. die Kosten der gegen das erstinstanzliche Urtheil, welches nach § 248 Abs. 2 C. P. O. bezüglich der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen ist, ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittel, also der Berufungs- und Revisionsinstanz, dem Beklagten, dessen Einrede verworfen ist, aufzuerlegen. (R. G. 4. II. 85.) R. C. XIII. (113.) 413. 414.

Digitized by Google

15. **Unzulässigkeit der Entscheidung über die bisherigen Kosten in einem Theil- und Zwischenurtheil.** Da die im Prozeß aufzuwendenden Kosten der Regel nach auf die ganze Instanz sich beziehen, und in jeder Instanz rücksichtlich eines jeden Theils des Streitgegenstands nur einmal zu erheben sind (§ 28 des G. K. G. und § 25 der G. O. f. R. A.), auch ein nach § 276 der C. P. O. erlassenes Zwischenurtheil keine neue Instanz begründet (vgl. § 31 des G. K. G.), so ist es gar nicht möglich, die Kosten einer Instanz nach Abschnitten derselben einzutheilen und die bis zu einem Theil- oder Zwischenurtheil entstandenen von den später entstehenden Kosten zu sondern. Aber auch materiell würde es durchaus nicht gerechtfertigt sein, den Beklagten schon jetzt mit den gesammten bisherigen Kosten zu belasten, während es noch völlig ungewiß ist, ob und inwieweit er im Liquidationsverfahren und somit im Endresultat der unterliegende Theil sein wird, was für die Frage, welche der Parteien oder inwieweit die eine oder die andere die Kosten zu tragen hat, nach §§ 87, 88 der C. P. O. entscheidend ist. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 10. Mai 1883. S. A. 39 bezw. 9 (251.) 345.

16. **Kostentragung, wenn sich der Kläger bei einer außergerichtlichen Anerkennung seines Anspruchs durch den Beklagten begnügt.** Nach der C. P. O. bildet für die Regel die Thatsache des Unterliegens in der Hauptsache den Rechtsgrund für die Verbindlichkeit zur Tragung der Prozeßkosten (§ 87 Abs. 1). Daneben enthält die C. P. O. über die Tragung der Kosten noch besondere Bestimmungen für gewisse Beendigungsarten des Rechtsstreits, in welchen es nicht zur Entscheidung über die Hauptsache kommt, z. B. für den Fall der Erledigung des Rechtsstreits durch Vergleich (§ 93), der Klagezurücknahme (§ 243 Abs. 3), der Zurücknahme des Einspruchs (§ 311), der Berufung (§ 476 Abs. 3) und der Revision § 529). Was den Verzicht und das Anerkenntniß betrifft, so hat nach Maßgabe der §§ 277 und 278 im Fall einer bei der mündlichen Verhandlung von der Partei erklärten Anerkennung des gegen sie geltend gemachten Anspruchs oder einer Verzichtleistung des Klägers auf den erhobenen Anspruch Antrag in der Hauptsache Abweisung mit dem Anspruch bezw. Verurtheilung gemäß dem Anerkenntniß zu erfolgen und wird hierdurch zugleich eine Entscheidung im Kostenpunkt, für welche bei dem Anerkenntniß der § 89 in Betracht kommt, ermöglicht. Dagegen hat die C. P. O. nirgends die Verpflichtung zur Tragung der Kosten an die Thatsache, daß die Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung in der Hauptsache eine grundlose gewesen sei, und die Partei, falls es zu einer Entscheidung in der Hauptsache gekommen, unterlegen wäre, geknüpft. Die C. P. O. enthält auch nicht eine Bestimmung, wonach die auf ihren Anspruch verzichtende oder denjenigen des Gegners anerkennende Partei gleich der unterliegenden die Kosten zu tragen haben solle, vielmehr ist nach den angeführten §§ 277 und 278 im Fall einer in der mündlichen Verhandlung bezüglich der Hauptsache erfolgenden Verzichtleistung oder Anerkennung auf Grund dieser ein Urtheil in der Hauptsache herbeizuführen, um hierdurch auch eine entsprechende Entscheidung im Kostenpunkt erwirken zu können. Soweit die angeführten Gesetzesbestimmungen eine Verbindlichkeit des Beklagten zum Kostenersatz an den Kläger zu begründen geeignet sind, trifft keine derselben auf vorwürfigen Fall zu.

Digitized by Google

Insbesondere gilt dies von der Regel, wonach der in der Hauptsache Unterliegende die Kosten zu tragen hat, weil eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen ist. Es ist dem Kläger unbenommen, behufs Herbeiführung einer Verurtheilung des Beklagten im Kostenpunkt auf seinem in der Hauptsache gestellten Antrage zu beharren. Wenn er aber seine Klage in der Hauptsache nicht aufrecht erhält, fehlt es an einem Rechtsgrunde, aus welchem sich die allein noch den Gegenstand der Klage bildende Verpflichtung des Beklagten zum Kostenersatz ableiten läßt. Urtheil des O. L. G. zu Stuttgart vom 7. Juni 1883. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 59 S. 95. 96.

17. **Entsprechende Anwendung des § 87 Abs. 1 auf die Kosten der Revisionsinstanz für sich allein.** (R. G. 26. III. 81.) R. C. IV. (118.) 416.

18. **Die Kosten seiner besonderen Vertretung in der Revisionsinstanz hat der Nebenintervenient selbst zu tragen.** (R. G. 2. I. 83.) A. VII. (49.) 178.

19. **Die Verbindlichkeit des Ehemannes, seiner Ehefrau, insofern dieselbe nicht hinlängliches eigenes Vermögen zu ihrer Verfügung hat, die Kosten eines gegen ihn selbst zu führenden Prozesses vorzuschießen, erstreckt sich nicht soweit, daß er sie von vornherein für alle, möglicherweise erst viel später aufzuwendenden Kosten decken müßte; vielmehr sind die vorzuschießenden Beträge immer nur so abzumessen, daß sie für eine gewisse, nach billigem Ermessen abzugrenzende Zeit ausreichen, nach deren Ablauf dann nöthigenfalls ein fernerer Vorschuß zu geben ist.** (R. G. 8. X. 81.) R. C. V. (119.) 416.

20. **Die Verpflichtung des preußischen Ehemannes, für seine Frau Prozeßkosten** (als zu ihrem Unterhalte mitgehörig) **zu bezahlen, cessirt selbstverständlich in Prozessen der Ehegatten untereinander.** Die Vorschrift des § 187 Thl. II Tit. 1 des Preuß. Allgem. L. R. bezeichnet die die Ehefrau betreffenden Prozeßkosten als zum Unterhalte der Ehefrau gehörig und legt sie — mit dem letzteren — dem Ehemanne zur Last. Diese Vorschrift gilt jedoch nicht unbedingt und für alle Fälle, der § 187 a. a. O. läßt in dieser Beziehung vielmehr in den bezeichneten §§ 229. 230 Thl. II Tit. 1 a. a. O. selbst schon Ausnahmen zu. Jene gesetzliche Pflicht des Ehemannes wird durch das Recht und die Pflicht desselben, seine Ehefrau zu vertreten, begrenzt und kann daher füglich nicht eintreten in Prozessen, welche die Ehefrau gegen den Ehemann führt. (R. G. 6. VII. 82.) A. VI. (67.) 264.

21. **Die Vorschrift des § 87 der C. P. O. ist nur für das Civilprozeßverfahren bestimmt und kann bei der Entscheidung über die Kosten eines Strafverfahrens weder eine direkte noch eine entsprechende Anwendung finden.** (R. G. 15. V. 85.) R. St. XII. (64.) 200. R. A. VII. (126.) 298.

22. **Abs. 2.** Wenn in § 87 Abs. 2 der R. C. P. O. bestimmt ist, daß die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwaltes der obsiegenden Partei in allen Prozessen zu erstatten seien, so soll hiermit im Wesentlichen nur als Grundsatz ausgesprochen werden, daß die Gebühren und Auslagen, welche der als Prozeßbevollmächtigter bestellte Rechtsanwalt als solcher zu beanspruchen hat, in allen Prozessen, also insbesondere

Digitized by Google

auch im amtsgerichtlichen Verfahren, in Ansatz gebracht werden dürfen, ohne daß zu prüfen ist, ob es nöthig gewesen sei, sich eines Rechtsanwaltes zu bedienen oder überhaupt einen Prozeßbevollmächtigten aufzustellen. **Es ist aber keineswegs Absicht fraglicher Bestimmung, eine gesetzliche Vermuthung dafür aufzustellen, daß alle Auslagen, welche ein Rechtsanwalt in einem Prozesse gemacht hat, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendig gewesen seien, und auch in dieser Richtung die richterliche Prüfung, wie sie nach dem allgemeinen Grundsatze des § 87 Abs. 1 a. a. O. einzutreten hat, auszuschließen.** Eine solche Auslegung, welche zur Folge hätte, daß alle Auslagen ohne jeden Unterschied, z. B. solche für beliebige Informationsreisen, für Reisen zu ganz entfernt, ja sogar im Auslande vorzunehmenden Beweisaufnahmen, für Einholung von Rechtsgutachten ꝛc. ꝛc., möchten sie auch noch so unnöthig sein, ohne jede richterliche Kontrolle der unterliegenden Partei in Ansatz gebracht werden dürften, kann unmöglich dem Willen des Gesetzes entsprechen. (R. G. 9. I. 85.) R. C. XIII. (77.) 314. 315.

23. **Nach § 87 der C. P. O. hat das freie richterliche Ermessen darüber zu befinden, welche Anwaltsgebühren zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendig waren, und ist dieses Ermessen nur darin beschränkt, daß die Frage, ob die Zuziehung eines Anwalts überhaupt zur Rechtsverfolgung nothwendig war, durch den Abs. 2 des § 87 der richterlichen Entscheidung unter gewissen Einschränkungen entzogen ist.** Muß nämlich der Anwalt, wenn sein eigner Klient gegen die Nothwendigkeit seiner Arbeiten und der dafür berechneten Gebühren Einwendungen erhebt, dieserhalb Klage erheben und der Richter dann über solche Einwendungen entscheiden, so ist nicht abzusehen, weßhalb dem Gericht die Entscheidung darüber entzogen sein sollte, welche Gebühren des gegentheiligen Anwalts von der unterliegenden Partei zu erstatten seien; wozu würde auch der Richter nach § 99 der C. P. O. befugt sein, über die Erstattungsfrage event. eine mündliche Verhandlung seiner Entscheidung vorausgehen zu lassen, wenn sich diese Entscheidung lediglich auf die Prüfung beschränkte, ob für die berechneten Arbeiten richtig liquidirt worden sei. Beschluß des O. L. G. zu Jena vom 18. Februar 1885. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 243 S. 354. 355.

24. **Die in die Kosten verurtheilte Partei ist nicht verpflichtet, dem Gegner die Gebühren eines Rechtsanwaltes zu erstatten, welcher den Verkehr der Partei mit deren Prozeßbevollmächtigten geführt hat.** Die in § 87 aufgestellte Regel, daß die Verpflichtung zur Erstattung der Prozeßkosten durch die unterliegende Partei objektiv begrenzt werde durch die in jedem Falle nach freiem Ermessen des Gerichtes festzustellende Nothwendigkeit der Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung, ist im zweiten Absatze dahin eingeschränkt, daß die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwaltes der obsiegenden Partei in allen Prozessen zu erstatten sind. Diese letztere Regel ist dann aber weiter, abgesehen von den Reisekosten auswärtiger Rechtsanwälte, dahin eingeschränkt, daß die Kosten mehrerer Rechtsanwälte nur insoweit zu erstatten sind, als sie die Kosten eines Rechtsanwaltes nicht übersteigen oder als in der Person des Rechtsanwaltes ein Wechsel eintreten mußte. (R. G. I. VI. 83.) R. C. IX. (104.) 356—358.

Digitized by Google

25. **Die Gebühren des sog. Korrespondenzmandatars sind vom Gegner nicht zu erstatten.** Die Bestimmung des § 44 der G. O. für R. A. regelt in dieser Beziehung nur den Anspruch des Anwalts gegenüber seinem Auftraggeber. Für den Fall einer Kostenfestsetzung zum Zweck der Erstattung der Prozeßkosten durch den Gegner entscheidet die Vorschrift des § 87 Abs. 2 der C. P. O., daß die Kosten mehrerer Rechtsanwälte nur insoweit zu erstatten sind, als sie die Kosten eines R. A. nicht übersteigen. Eine Ausnahme hiervon tritt nur dann ein, wenn in der Person des R. A. ein Wechsel stattfinden mußte. Es kann somit für den Korrespondenzmandatar nur dann eine Gebühr zugelassen werden, wenn dadurch die Kosten Eines R. A. nicht überstiegen werden. Beschluß des O. L. G. zu Jena vom 30. Oktober 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 235 S. 346. 347.

26. **Voraussetzungen, unter welchen Ersatz für Gebühren des den Verkehr der Partei mit dem Prozeßanwalte vermittelnden Anwaltes (§ 44 der Gebührenordnung) vom Gegner verlangt werden kann.** Wenn derjenige, welcher einen Rechtsstreit beginnen will, nach den Umständen des Falles, insbesondere mit Berücksichtigung seiner Persönlichkeit und der Natur des Rechtsstreites, nicht im Stande ist, seinem Anwalte die zur richtigen Einleitung und Durchführung des Rechtsstreites erforderliche Information brieflich zu ertheilen, so ist er genöthigt, entweder selbst an den Gerichtssitz zu reisen oder aber sich der Vermittelung einer anderen Person, und zwar der Regel nach eines Rechtsverständigen, zu bedienen. Die in Folge hiervon entstehenden Kosten sind ohne Zweifel als solche zu betrachten, welche im Sinne von § 87 Abs. 1 C. P. O. zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendig waren, wobei selbstverständlich davon auszugehen ist, daß der minder kostspielige Weg gewählt werden muß, also die Verpflichtung besteht, sich der Vermittlung eines Rechtsverständigen zu bedienen, wenn die Reise zum Gerichtssitze unverhältnißmäßig hohe Kosten verursachen würde. Sind nun die Kosten dieser Art an sich zum Ersatze geeignet, so kann die Person des Vermittlers keinen Unterschied begründen, die Partei kann nicht schlimmer gestellt sein, weil sie die Vermittelung einem Rechtsanwalte statt etwa einem Winkelagenten übertragen hat, im Gegentheile erscheint es im Interesse der Rechtspflege wünschenswerth und dem Willen des Gesetzes entsprechend, daß, falls eine Vermittelung nothwendig ist, sie einem Rechtsanwalte anvertraut werde. Wesentlich ist nur, daß Dienste in Frage stehen, welche vom Prozeßanwalte nicht geleistet werden konnten, also von einer anderen Person geleistet werden mußten und daß die bezüglichen Kosten als nothwendige im vorerörterten Sinne erscheinen. Diese Ansicht steht nicht im Widerspruche mit der Entscheidung des III. Civilsenates vom 2. Juni 1883. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civilsachen Bd. 9 Nr. 104.) Dort ist nur der Grundsatz ausgesprochen, daß die Bestimmung in § 87 Abs. 2 a. a. O., nach welcher die Kosten mehrerer Rechtsanwälte nur soweit zu erstatten sind, als sie die Kosten eines Rechtsanwalts nicht übersteigen, allgemein zu nehmen und nicht auf den Fall, wo mehrere Rechtsanwälte für eine Partei vor dem erkennenden Gerichte auftreten, zu beschränken sei, und wird hieraus gefolgert, daß die Kosten eines zweiten Rechtsanwaltes als solche, d. h. lediglich deßhalb, weil gesetzliche Gebühren

Digitized by Google

eines Rechtsanwaltes in Frage stehen, nicht ersatzfähig seien und dies insbesondere auch von denjenigen Gebühren gelte, welche nach § 44 der Anwaltsgebührenordnung der Anwalt, welcher den Verkehr der Parteien mit dem Prozeßbevollmächtigten führe, zu beanspruchen habe. Die Frage, ob in Fällen, wo die Information des Prozeßbevollmächtigten durch einen Vermittler, sei dies ein Rechtsanwalt oder eine andere Person, den Umständen nach nothwendig erscheint, Ersatz der bezüglichen Auslagen gefordert werden könne, ist in jenem Falle nicht entschieden. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob die dort ausgesprochene Rechtsansicht richtig, oder ob der Ansicht des V. Civilsenates beizustimmen sei, welche in den Gründen einer Entscheidung vom 10. Oktober 1883 (vgl. Annalen des R. G.'s Bd. 8 S. 443), dahin ausgesprochen ist, daß § 87 Abs. 2 C. P. O. nur die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwaltes im Auge habe, welcher die Vertretung vor Gericht wahrnimmt, nicht aber auch eines solchen Anwaltes, dessen Thätigkeit sich auf Vermittelung des Verkehres der Partei mit dem Prozeßbevollmächtigten beschränkt (§ 44 a. a. O.). (R. G. 29. I. 86.) R. C. XV. (111.) 402—404. Bl. f. R. A. 1886 bes. Beil. 2 S. 106 ff. S. A. Bd. 41 bezw. 11 Nr. 296 S. 442—444.

S. auch noch unten bei G. O. f. R. A. Nr. 18.

27. **Auch die Kosten eines von dem Anwalt einer Partei eingeforderten Privatgutachtens eines Sachverständigen können, als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendige, gegnerischerseits erstattet werden müssen, selbst dann, wenn das Gericht die Vernehmung eines Sachverständigen über dieselben Punkte mittels Beweisbeschlusses bereits angeordnet hatte.** (R. G. 6. IV. 83.) A. VII. (175.) 570. 571.

28. **Die durch Erfüllung der streitigen Leistung** (des Klageanspruchs) **verursachten Kosten fallen nicht unter die Prozeßkosten. Die Einhebungsgebühr des Anwaltes einer Partei für Empfangnahme und Ablieferung des Prozeßobjekts an die andere Partei kann daher seitens Letzterer auch dann nicht erstattet verlangt werden, wenn die Prozeßkosten dieser auferlegt sind.** Der Anspruch auf Erstattung einer solchen Gebühr kann im Wege des Kostenfestsetzungsverfahrens (§§ 89 f. der R. C. P. O.) nicht verfolgt werden. Die Erfüllung des Klageanspruches ist eine Handlung, welche außerhalb des Rechtsstreites liegt, nicht zur Berufsthätigkeit der Prozeßbevollmächtigten gehört (Motive zu § 75 des Entwurfes der R. C. P. O. S. 104). Daher fallen die durch solche Handlungen verursachten Kosten nicht unter die Prozeßkosten (Motive zu § 85 cit., S. 112). Das Urtheil, welches einer Partei die Kosten des Rechtsstreits auferlegt, bildet demnach auch keinen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel für den Anspruch auf Vergütung dieses Ansatzes der Kostenrechnung. (R. G. 16. V. 84.) A. X. (64.) 265. 266.

29. Wenn in Abs. 2 des § 87 von dem Rechtsanwalte der obsiegenden Partei, von Zuziehung eines auswärtigen Rechtsanwaltes, von den Kosten mehrerer Rechtsanwälte und dem Wechsel in der Person des Rechtsanwaltes die Rede ist, so hat das Gesetz hier überall zunächst nur die Thätigkeit des als Prozeßbevollmächtigten bestellten Rechtsanwaltes am Sitze des Prozeßgerichtes im Auge, will insbesondere, ebenso wie die preuß. Prozeßordnung Tit. 23 § 25 Ziff. 9 und das Bundesgesetz vom 11. Juni 1869 § 28 mit der „**Zuziehung auswärtiger**

Digitized by Google

Rechtsanwälte" nur Fälle bezeichnen, wo ein nicht am Sitze des Prozeßgerichtes wohnhafter Anwalt eine Partei vor diesem Gerichte vertritt. In gleichem Sinne sind die Bestimmungen in §§ 18 und 37 der Rechtsanwaltsordnung gegeben. Es würde also dem Sinne des Gesetzes nicht entsprechen, in Fällen, wo der am Sitze des Prozeßgerichtes wohnhafte Rechtsanwalt an einen anderen Ort reist, um einer Beweisaufnahme 2c. beizuwohnen, von der Zuziehung eines auswärtigen Anwaltes zu sprechen. (R. G. 9. I. 85.) R. C. XIII. (77.) 313. 314.

30. **Der im Prozesse unterliegende Gegner ist zur Erstattung der Gebühren mehrerer Armenanwälte nicht verpflichtet, wenn der Wechsel in der Person des Rechtsanwaltes durch die andere Partei schuldvoll veranlaßt wurde.** Nach § 87 Abs. 2 a. a. O. sind die Kosten mehrerer Rechtsanwälte der obsiegenden Partei von dem Gegner nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten eines Rechtsanwaltes nicht übersteigen, oder als **in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel eintreten mußte.** Der Ausdruck „mußte" ist einerseits nicht imperativ, also nicht von einer absoluten Nothwendigkeit des Wechsels in der Person des Prozeßbevollmächtigten zu verstehen, andererseits nicht dahin auszulegen, daß jede Kündigung des Mandates von Seiten der Partei oder des Anwaltes die Kostenerstattungspflicht des Gegners für die successive Bestellung mehrerer Rechtsanwälte begründe. Auch gibt weder das Gesetz selbst, noch geben dessen Motive einen genügenden Anhaltspunkt zu einer grundsätzlichen Beurtheilung der Nothwendigkeit jenes Wechsels oder zur Aufstellung gewisser Präsumtionen für den Fall der Kündigung der Partei oder des Anwaltes. Vielmehr ist **die Frage im Hinblick auf den Gesammtinhalt des § 87 a. a. O. in jedem einzelnen Falle nach den Umständen durch freies richterliches Ermessen zu entscheiden.** S. hierüber (R. G. 29. XII. 85.) R. C. XV. (108.) 394 f.

31. **Mußte in der Person des Anwalts ein Wechsel eintreten, so ist nach § 87 Abs. 2 der C. P. O. der kostenpflichtige Gegner zur Erstattung der dadurch erwachsenen Kosten verbunden.** Das würde nur dann nicht der Fall sein, wenn vorläge, daß die Partei durch ihr Verhalten die Kündigung des Mandats verschuldet habe (vgl. Seuffert C. P. O. § 87 Anm. 7). Beschluß des O. L. G. zu Jena vom 7. Dezember 1885. Bl. f. Rechtspflege in Thüringen 2c. Bd. 33 S. 264. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 54 S. 82. 83.

32. **Im Falle Streitgenossen sich keinen gemeinschaftlichen Prozeßbevollmächtigten bestellen, ist jeder Streitgenosse, ohne Klarlegung besonderer Umstände, welche die Bestellung eines Rechtsanwaltes zu seiner besonderen Vertretung als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig rechtfertigen, berechtigt, die Gebühren und Auslagen desjenigen Rechtsanwaltes, welcher ihn vertreten hat, von dem unterliegenden Prozeßgegner erstattet zu verlangen.** (R. G. 7. X. 85.) S. hierüber bei § 58 ad R. C. XIV. (114.) 395—405.

Reichsgerichtskostengesetz.

33. **Nach den §§ 81 ff. des Gerichtskostengesetzes ist zwar für jede Instanz von dem Antragsteller die Gerichtsgebühr zu zahlen** und es ist darunter regelmäßig der Kläger oder Widerkläger zu verstehen, welcher

Digitized by Google

durch die zugestellte Klage oder erhobene Widerklage den Rechtsstreit hervorruft, während die durch anderweite bestimmte Anträge in einem anhängigen Prozesse erwachsenden Gerichtskosten nur in den im Gerichtskostengesetze ausdrücklich hervorgehobenen Fällen von der betreffenden Partei vorzuschießen sind. **Allein dieser Grundsatz gilt nur für die unter der Herrschaft der R. C. P. O. anhängig gemachten Rechtssachen, nicht auch für solche, welche bereits vor dem 1. Oktober 1879 bei den Gerichten anhängig waren. Bezüglich solcher übergeleiteten Sachen ist davon auszugehen, daß für die Gerichtskosten der Regel nach diejenige Partei haftbar ist, welche den Rechtsstreit in der Instanz im neuen Verfahren aufnimmt.** Denn im Gegensatze zum alten schriftlichen Verfahren, welches die Prozeßleitung dem Gericht unterstellte, hat das nur mündliche Verfahren den Prozeßbetrieb der Parteien eingeführt. **Die vorschußpflichtige Partei kann sonach auch der Beklagte sein.** (R. G. 30. IX. 81.) A. IV. (101.) 337. 338.

34. **Berechnung der Verhandlungsgebühr nach der Streitsumme, wenn zur Hauptsache verhandelt, aber schließlich nur Verurtheilung in die Kosten beantragt wird.** (R. G. 2. II. 85.) U. u. A. I. (234.) 385.

Gebührenordnung für Rechtsanwälte.

35. **Die Bestimmungen der Anwaltsgebührenordnung beschränken sich keineswegs auf Fälle, für welche Anwaltszwang besteht, erstrecken sich vielmehr auf die ganze Berufsthätigkeit des Anwalts** (§ 1). Das Gesetz setzt voraus, daß der Anwalt, welcher als Prozeßbevollmächtigter bestellt ist, auch dasjenige, was die Partei persönlich thun könnte, besorgen werde, wenn dies nach den Umständen des Falles erforderlich oder sachgemäß erscheint. (R. G. 4. III. 83.) R. C. IX. (95.) 331. A. VIII. (22.) 90.

36. **In der dem Anwalte ertheilten Vollmacht, wenn er als Advokat, Anwalt und Mandatar bevollmächtigt und zu allen ihm diensam erscheinenden Handlungen ermächtigt ist, kann keineswegs der in § 44 der G. O. vorausgesetzte Auftrag gefunden werden.** Die Fassung des § 44 Abs. 2 „die mit der Uebersendung der Akten an den Rechtsanwalt der höheren Instanz verbundenen gutachtlichen Aeußerungen dienen nicht zur Begründung dieser Gebühr, wenn nicht zu denselben Auftrag ertheilt war" ergibt, daß der Gesetzgeber davon ausgeht, daß der Regel nach die bei Uebersendung der Akten an den Rechtsanwalt der höheren Instanz von dem Vertreter der Partei in den Vorinstanzen gemachten gutachtlichen Aeußerungen nicht besonders honorirt werden sollen, daß ein Anspruch auf eine Gebühr für diese gutachtlichen Aeußerungen vielmehr nur dann bestehen soll, wenn die Partei zu diesem Auftrag ertheilt hat, d. h. wenn sie den Anwalt nicht nur allgemein bevollmächtigt hat, alle ihm diensam erscheinenden Handlungen vorzunehmen, sondern ihn besonders beauftragt hat, dem Anwalte der höheren Instanz gegenüber gutachtlich sich zu äußern. R. G. 12. I. 83.) R. C. VIII. (111). 373. 374. A. VII. (94.) 292. 293.

37. **Dem Rechtsanwalte, welcher sich bei den Amtsgerichten oder wo es sonst einer Vertretung durch einen Anwalt nicht bedarf, durch einen im Vorbereitungsdienste beschäftigten Rechtskundigen vertreten läßt, stehen die Gebühren, auf welche er bei eigener Ausführung Anspruch gehabt hätte,**

Digitized by Google

nur dann zu, wenn der Rechtskundige ihm nach Maßgabe des § 25 Abs. 1. 2 der Rechtsanwaltsordnung durch Anordnung der Landesjustizverwaltung als Stellvertreter zugewiesen worden ist. Denn nur der zum Stellvertreter bestellte Rechtskundige ist für die Vertretung des Rechtsanwaltes in seiner Berufsthätigkeit einem Rechtsanwalte gleichgestellt. Der nicht zum Stellvertreter bestellte Rechtskundige, welcher den verhinderten Rechtsanwalt in den oben bezeichneten Fällen vertritt, steht an sich jeder anderen als Vertreter auftretenden prozeßfähigen Person gleich und hat vor dieser nur insofern eine bevorzugte Stellung, als § 143 Abs. 1. 2 C. P. O. auf ihn nicht Anwendung findet, wenn er mindestens zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigt ist. (R. G. 18. IX. 85.) R. C. XIV. (112.) 393. 394. Dies ist jetzt durch folgenden Plenarbeschluß entschieden:

38. **Der Anspruch auf die in § 78 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte bestimmte Vergütung steht dem Rechtsanwalte nicht zu, wenn die Geschäftsreise von einem zwar zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigten, aber nicht gemäß § 25 Absatz 2 der Rechtsanwaltsordnung zu dessen Stellvertreter bestellten Rechtskundigen gemacht ist.** Beschluß der vereinigten Civilsenate vom 9. April 1888 in der juristischen Wochenschrift von 1888 Nr. 26 S. 225. S. über frühere Entsch. des R. G. und zwar vom 22. November 1883 R. C. X. (118.) 379—382 u. A. IX. (39.) 177—179; Beschluß des R. G. vom 22. November 1884 R. C. XV. (128.) 433 u. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 145 S. 218; Beschluß des O. L. G. Dresden vom 6. Mai 1886 Annalen des O. L. G. zu Dresden Bd. 7 S. 556 ff. u. in S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 147 S. 212; Beschluß des O. L. G. zu Jena vom 30. Januar 1882 in Blätter f. Rechtspflege in Thüringen ꝛc. Bd. 31 S. 154 u. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 144 S. 217. 218; Beschluß des O. L. G. zu Hamburg vom 16. April 1883 in S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 260 S. 334—337; Beschluß des O. L. G. zu Kiel vom 15. Januar 1886 in S. A. Bd. 41 bezw. 11 Nr. 218 S. 341.

39. Die **Prozeßgebühr** bestimmt sich gemäß § 9 der Gebührenordnung nach dem Werthe des Streitgegenstandes, nicht nach den Rechtsfragen, die bei dem Verfahren über denselben zur Sprache kommen können, auch nicht nach dem Umfang und Inhalt der Rathsertheilung, und deßhalb konsequent auch nicht danach, ob sich bei der Rathserholung und Rathsertheilung die Möglichkeit mehrerer Prozesse in Bezug auf denselben Gegenstand und die Theile desselben herausgestellt hat. Der § 47 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte zieht der Gebührenforderung für die berathende Berufsthätigkeit eine strikte und objektive Grenze durch die Beschränkung auf $^3/_{10}$ einer Prozeßgebühr nach dem Werth des Streitgegenstandes. Streitgegenstand in diesem Sinne kann nur der Gegenstand der Rechtsangelegenheit sein, auf welche sich Rathserholung und Rathsertheilung bezieht. Es kann weder darauf ankommen, ob die Rathserholung sich auf mehrere Rechtsfragen bezieht, noch ob die Rathsertheilung mehrere Rechtsfragen betrifft, noch weniger darauf, ob sich durch Frage und Auskunft die Möglichkeit mehrerer Rechtsstreite ergibt, sondern lediglich darauf, welche Rechtsangelegenheit Gegenstand der Frage und Auskunft gewesen. Die nach der Auffassung des Anwaltstandes selbst (vgl. die Berichte der

Digitized by Google

Anwaltskammer in der Juristischen Wochenschrift 1881, 1882) so schon unsachgemäß normirte Gebühr des § 47 würde in das Ungemessene steigen, wenn man die Zulässigkeit der Forderung mehrfacher Gebühr für dieselbe Konferenz nicht strikt auf den Fall beschränkte, wo verschiedene, heterogene Rechtsangelegenheiten mit verschiedenen Objekten Gegenstand der Besprechung und Rathsertheilung gewesen sind. Es ist hierbei der Begriff der Rechtsangelegenheit nicht mit dem der Rechtsfrage zu verwechseln. Nur eine Rechtsangelegenheit ist Gegenstand des Verfahrens vor den Gerichten, nie eine bloße Rechtsfrage; nur bei ersterer kann von einem Streitgegenstand die Rede sein und dessen Werth bestimmt werden, nicht bei einer bloßen Rechtsfrage ohne Beziehung auf einen bestimmten Gegenstand. Der Streitgegenstand schafft die Rechtsfragen, nicht die Rechtsfragen den Streitgegenstand. Das Gesetz legt darauf, ob und welche und wie viel Ansprüche in Beziehung auf den Gegenstand der Konferenz möglich und denkbar, kein Gewicht. Der Rechtsanwalt hat die Gebühr des § 47 unzweifelhaft auch dann zu fordern, wenn sich ergibt, daß ein Verfahren vor den Gerichten überhaupt nicht stattfinden kann, sei es, weil der Gegenstand nicht vor sie gehört, sei es, weil ein klagbarer Anspruch für oder gegen den Rathsucher nicht zu begründen. Das Gesetz gibt deßhalb auch nur $^3/_{10}$ einer Prozeßgebühr, wie bereits hervorgehoben, indem es unterstellt, daß der Gegenstand der Rathsertheilung, die Rechtsangelegenheit Gegenstand eines Prozesses ist. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß Gegenstand einer und derselben Konferenz mehrere Rechtsangelegenheiten mit verschiedenen Objekten sein können. In solchem Falle kann die Gebühr des § 47 für jede der verschiedenen Rechtsangelegenheiten nach ihrem verschiedenen Objekte gefordert werden. Aber dieselbe Rechtsangelegenheit wird dadurch nicht zu verschiedenen und mehreren Rechtsangelegenheiten, daß sich aus ihr mehrere und verschiedene Prozesse mit verschiedenem Inhalt entwickeln können. Der Grundsatz der Gebührenordnung, daß der Anwalt durch die Gebühr für ein ausgeführtes Geschäft für seine ganze Thätigkeit in Bezug auf dieses Geschäft die vorbereitende, berathende und ausführende, abgefunden wird, soweit das Gesetz nicht Ausnahmen ausdrücklich gestattet, ist nicht nur im § 13 Nr. 1 der Gebührenordnung, sondern auch im § 29 ff., § 47 Abs. 1 und für die Gebühren in Strafsachen in den §§ 70. 71 das. unzweideutig zum Ausdruck gebracht. (R. G. 5. X. 86.) R. A. VIII. (239.) 585—589. R. St. XIV. (95.) 367 f.

40. **Begriff der Rathsertheilung** im Sinne des § 47 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879. (R. G. 2. XI. 82.) A. VI. (142.) 456. 457.

41. **Nach den in der Geb. O. für R. Anw. aufgestellten Grundsätzen kommt bei der Berechnung der Anwaltsgebühren immer nur derjenige Theil des Streitgegenstandes in Betracht, auf welchen sich die zu vergütende Thätigkeit des Anwalts bezieht. Dabei werden jedoch Nebenforderungen (Zinsen und Kosten) gemäß § 9 nicht berücksichtigt.** Dem steht auch der § 13 des G. K. G. nicht entgegen; derselbe bestätigt vielmehr jene Regel, wenn er für gerichtliche Akte, welche Zinsen und Kosten ohne den Hauptanspruch betreffen, deren Werth insofern maßgebend sein läßt, als derselbe den Werth der Hauptforderung nicht übersteigt. (R. G. 14. XI. 82.) A. VII. (26.) 86. 87.

Digitized by Google

42. Nach § 10 der Geb. O. f. R. Anw. finden auf die Werthsberechnung die Vorschriften der §§ 9—13 des Gerichtskostengesetzes Anwendung. Daselbst bestimmt § 12: „Für Akte, welche einen Theil des Streitgegenstandes betreffen, sind die Gebühren nur nach dem Werthe dieses Theiles zu berechnen. Sind von einzelnen Werthstheilen in derselben Instanz für gleiche Akte Gebühren zu berechnen, so darf nicht mehr erhoben werden, als wenn die Gebühr von dem Gesammtbetrage der Werthstheile zu berechnen wäre; treten für die Akte verschiedene Gebührensätze ein, so ist der höchste Satz maßgebend". Diese Vorschrift will in ihrem letzten Satze besagen, **daß, wenn für den einen Werthstheil eine geringere, für den andern eine höhere Gebühr zu berechnen ist, der Gesammtbetrag der Kosten nicht höher sein darf, als der Satz, welcher sich ergibt, wenn für den Gesammtbetrag der Werthstheile die Kosten nach der höheren Gebühr berechnet werden.** (R. G. 3. II. 83.) A. VII. (95.) 293. 294.

43. **Gegenüber einer Klage auf Nichtigkeitserklärung und Aufhebung eines Immobiliarkaufvertrages ist an sich für die Festsetzung der Anwaltsgebühr die Höhe des in dem Vertrage vereinbarten Preises, nicht eines mit der Streitführung etwa beabsichtigten Nebenanspruches maßgebend.** Nach § 9 der Gebührenordnung werden für die Rechtsanwälte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die Gebühren der Rechtsanwälte nach dem Werthe des Streitgegenstandes erhoben und finden auf die Werthsberechnung die Vorschriften der §§ 9—13 des R. G. K. G. beziehungsweise die Vorschriften der R. C. P. O. §§ 3—9 und der R. Konk. O. § 136 Anwendung, gemäß welcher Gesetzesvorschriften der Werth des Streitgegenstandes zunächst durch den Werth der Sache zur Zeit der Erhebung der Klage bestimmt wird, die den Gegenstand der Entscheidung bildet. (B. O. L. 29. V. 83.) S. X. (44.) 113—115.

44. **Der § 18 Abs. 5 der Rechtsanwaltsordnung erklärt nur die Mehrkosten für nicht erstattbar, welche bei der Vertretung einer Partei vor einem Kollegialgerichte durch einen bei demselben zugelassenen Rechtsanwalt dadurch entstehen, daß der Letztere seinen Wohnsitz nicht am Orte des Gerichtes hat.** (R. G. 22. IX. 85.) R. C. XIV. (106.) 377. 378.

45. **Höhe der erstattbaren Beweisaufnahmekosten, wenn ein beim zuständigen Landgericht zugelassener Rechtsanwalt zufällig bei dem um Beweisaufnahme ersuchten Amtsgericht seinen Wohnsitz hat und hier seine Partei als Prozeßbevollmächtigter vertritt.** (R. G. 22. IX. 85.) U. u. A. III. (204.) 442 f.

46. Die in § 13 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte geregelte Prozeßgebühr umfaßt zwar die gesammte Thätigkeit des Rechtsanwaltes außerhalb der mündlichen Verhandlung, insbesondere den zur Prozeßführung erforderlichen außergerichtlichen Verkehr mit den Parteien; daneben besteht jedoch der aus der Natur des Mandatsverhältnisses sich ergebende Grundsatz, daß dem Rechtsanwalte alle nothwendigen und nützlichen Auslagen, welche er zum Zwecke der Ausführung des ihm ertheilten Auftrages gemacht hat, zu erstatten sind. **Hieraus folgt, daß für die Besorgung von Briefen am Orte oder zur Post besondere Gebühren nicht berechnet werden dürfen; nicht aber auch, daß der Anwalt, wenn er sich zur Bestellung von Briefen an die eigene Partei oder den Gegner der Stadtpost bedient, die dadurch entstehenden**

Digitized by Google

Portoauslagen selber zu bestreiten habe. Es kann dem Anwalte der Regel nach nicht zugemuthet werden, die Korrespondenz am Orte, zumal in größeren Städten, durch seine Bediensteten bestellen zu lassen. Die Motive zur Gebührenordnung für Rechtsanwälte (§ 79) heben dann auch ausdrücklich hervor: „daß die Besorgung von Briefen am Orte oder zur Post zum allgemeinen Geschäftsbetriebe gehöre, und daß dafür an Auslagen nur Porto oder, wenn im einzelnen Falle die Annahme eines besonderen Boten nothwendig gewesen sei, der Lohn desselben berechnet werden dürfe". (R. G. 29. I. 86.) R. C. XV. (112.) 404. 405.

47. **Die Gebühr des § 44 der Geb. O. für R. Anw. fällt nicht unter § 87 Abs. 2 der C. P. O.** Der zweite Absatz des § 87 hat nur die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwaltes im Auge, welcher die Vertretung der Partei vor dem Gerichte wahrnimmt, nicht aber eines solchen Rechtsanwalts, dessen Thätigkeit sich auf die Vermittelung des Verkehrs der Partei mit dem Prozeßbevollmächtigten beschränkt. Die in solchem Falle von dem Auftraggeber nach § 44 der Geb. O. zu zahlende Gebühr gehört zu den Kosten des Rechtsstreits, über deren Nothwendigkeit nach Abs. 1 des cit. § 87 das freie Ermessen des Gerichts zu befinden hat. (R. G. 10. X. 83.) A. VIII. (118.) 443. [(R. G. 4. V. 83.) A. VIII. (22.) 89.)]

S. hierüber noch bei § 87 Abs. 2 Nr. 3. 4. 5.

48. Nach dem System der Anw. Geb. O. (§ 29) umfassen die in § 13 benannten Pauschgebühren die ganze Thätigkeit des Anwalts im Prozesse, und können daneben besondere Gebühren nur verlangt werden, wo es die Geb. O. ausnahmsweise gestattet. Im § 87 a. a. O. ist eine besondere Gebühr gewährt für Erhebung und Ablieferung von Geldern oder Werthpapieren und in Abs. 3 bemerkt, daß diese Gebühr, wenn es sich um eine Gelderhebung handele, bei der Ablieferung in Abzug gebracht werden könne. **Offenbar hat hier das Gesetz nur den Fall im Auge, wo der Anwalt Gelder bezw. Werthpapiere, die seinem Klienten geschuldet werden, für diesen erhebt und an ihn abliefert, also eine Thätigkeit in Frage steht, die zum eigentlichen Prozeßbetrieb nicht gehört.** Im Hinblick auf letzteren Umstand ist es auch richtig, wenn in den Motiven zu dieser Gesetzesbestimmung bemerkt ist, es sei nicht zu unterscheiden, ob die Erhebung im Prozesse oder außerhalb desselben gemacht worden sei, da die Thätigkeit des Rechtsanwalts wesentlich dieselbe sei. **Es erscheint** nun **unstatthaft, besagte Ausnahmebestimmungen des § 87 der A. G. O. auf Fälle anzuwenden, wo der Anwalt Geld oder Werthpapiere zu prozessualen Zwecken** (Ermöglichung der Rechtsverfolgung (§ 102 der R. C. P. O.), Herbeiführung der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urtheils (§ 652 der R. C. P. O.) 2c. **für seinen Klienten hinterlegte,** welche Fälle nicht bloß im Wortlaute des § 87 cit. nicht begriffen, sondern auch, als den Prozeßbetrieb betreffend, ihrer Natur nach vom Falle des § 87 wesentlich verschieden sind. Es darf nicht gefolgert werden: weil das Gesetz in einem Falle für eine gewisse Thätigkeit des Anwalts eine gewisse Gebühr bewillige, müsse es auch dem Willen desselben entsprechen, für eine ähnliche Thätigkeit in einem anderen Falle dieselbe Gebühr zu gewähren. **Das System der Pauschgebühren** schließt eine solche zur analogen

Digitized by Google

Anwendung führende Folgerung absolut aus; denn nach demselben ist es die Absicht des Gesetzes nicht, für jeden prozessualen Akt die entsprechende Gebühr zu bewilligen oder überhaupt die Gebühren nach dem Maße der im einzelnen Prozesse aufgewendeten Thätigkeit zu normiren, vielmehr war sich der Gesetzgeber vollkommen bewußt, daß von diesem Standpunkte aus seine Gebühren in manchem Prozesse viel zu hoch, in anderen aber viel zu niedrig sein würden, allein er suchte die Ausgleichung im Durchschnittsertrage der Prozesse, von dem Pflichtgefühle der Anwälte erwartend, daß sie trotz der Ungleichheit der Honorirung nicht unterlassen würden, allen Prozessen die gleiche Sorgfalt zuzuwenden. Von einer analogen Anwendung des § 87 könnte daher nur die Rede sein, wenn einer der Fälle des § 89 a. a. O. vorliegt, wenn also eine *nicht* den Prozeßbetrieb betreffende Thätigkeit in Frage steht oder wenn der betreffende Anwalt nicht Prozeßbevollmächtigter ist. (R. G. 4. III. 83.) R. C. IX. (95.) 330. 331. A. VIII. (22.) 89. 90.

49. **Die Zählgebühr des § 87 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte gehört nicht zu den zu erstattenden Prozeßkosten.** Es ergibt sich dies zunächst daraus, daß die Empfangnahme der Hauptschuld nach § 77 der C. P. O. zu den „den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen", zu welchen die Prozeßvollmacht ermächtigt, nicht gehört, vielmehr außerhalb des eigentlichen Rechtsstreits liegt, nach § 87 der C. P. O. aber nur Erstattung der Kosten für die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen, also zum Rechtsstreit gehörigen Handlungen verlangt werden kann. Dazu kommt weiter in Betracht, daß die fragliche Zählgebühr nicht etwa im 2. Abschnitt der G. O. f. R. A. unter den „Gebühren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten", sondern im 7. Abschnitt unter den „Schlußbestimmungen" aufgeführt ist, wo von den Gebühren für Arbeiten des Rechtsanwalts außerhalb des Prozeßverfahrens (z. B. Ausarbeitung von Gutachten) die Rede ist. Es erscheint hiernach die Empfangnahme und Ablieferung von Geldern als eine nach Schluß des Prozesses fallende, nur den internen Verkehr des Anwalts mit seinem Klienten betreffende Thätigkeit, welche daher auch lediglich der Letztere zu honoriren hat. — Dafür spricht ebenso die Bestimmung in Abs. 3 des § 87 der G. O., wonach die Gebühr für Erhebung und Ablieferung von Geldern von diesem bei der Ablieferung entnommen werden kann. Entsch. des gemeinsch. thüring. O. L. G. zu *Jena* vom 8. Oktober 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 248 S. 353 und Beschluß des O. L. G. zu Hamburg vom 26. Oktober 1882. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 47 S. 87 f.

50. Schon die Stellung des § 87 im 7. Abschnitt der Gebührenordnung für R. A., welcher Schlußbestimmungen enthält und die Vergütung für Dienstleistungen außerhalb des Prozesses regelt, spricht dagegen, daß die unterliegende Partei im *Prozeß* der obsiegenden die *Zählgebühr* des § 87 zu *erstatten* habe. Uebrigens bestimmt § 87, daß der Anwalt für Erhebung und Ablieferung von Geldern die Gebühr erhalten soll und daß er diese Gebühr von den Geldern bei der Ablieferung entnehmen darf. Es erhellt hieraus, daß das Gesetz hierbei nur den Fall im Auge hat, wo der Anwalt für seinen *Auftraggeber* Gelder einnimmt *und ihm* abliefert; denn nur in diesem Fall kann er seine Gebühr bei der Ablieferung von dem vereinnahmten Geld entneh-

Digitized by Google

men. Den Fall, daß der Auftraggeber dem Anwalt Geld sendet, um es an das Gericht zu zahlen, hat § 87 nicht im Auge. Entsch. des gemeinschaftl. thüring. O. L. G. zu Jena vom 29. März 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 248 S. 354.

51. **Unter Werthpapieren sind nicht Schuldurkunden und Legitimationspapiere, sondern solche Urkunden zu verstehen,** welche Träger der Forderung selbst sind und als solche einen bestimmten Werth haben, nach welchem die dem Anwalte, welcher deren Erhebung und Ablieferung besorgt hat, zukommende Gebühr berechnet werden soll. (R. G. 12. I. 83.) R. C. VIII. (111.) 374. 375. A. VII. (94.) 293.

52. **Begriff der Instanz im Sinne der §§ 25. 26 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879.** Die Motive zum Gerichtskostengesetze (S. 55 letzter und S. 56 erster Absatz) sprechen unterschiedslos aus, daß im Falle des § 248 C. P. O. das in erster Instanz ergangene Zwischenurtheil die Instanz nicht abschließt, daß die Verhandlung zur Hauptsache als Fortsetzung der Instanz gilt. Die Gebühren der höheren Instanzen angehend, gibt die Gebührenordnung für einen solchen Fall keinen Anhalt. Auch die Motive (S. 46) sagen darüber: daß eine neue Instanz dann als begonnen anzusehen ist, wenn ein Gericht höherer Ordnung mit dem Rechtsstreite befaßt wird. Dies entscheidet nicht die hier zu beantwortende Frage: ob diese neue Instanz mit der Entscheidung des Gerichtes über die prozeßhindernde Einrede endigt, oder ob sie sich in dem späteren Verfahren über das gegen eine die Hauptsache betreffende Entscheidung eingelegte Rechtsmittel fortsetzt. Aber diese Motive verweisen (S. 45 am Ende und S. 46) für die Auffassung des Begriffes der Instanz ausdrücklich auf das Gerichtskostengesetz und bemerken, es bedürfe keiner Rechtfertigung, daß der Entwurf (nämlich der Gebührenordnung) sich in dieser Beziehung dem Gerichtskostengesetze angeschlossen hat, da es zu den größten Unzuträglichkeiten führen müßte, wenn das Gerichtskostengesetz und die Anwaltsgebührenordnung den gedachten Begriff in einem verschiedenen Sinne auffaßten. Die Motive des Gerichtskostengesetzes sprechen aber (S. 56 Abs. 1 und 2) ausdrücklich aus: daß die der Zeit nach auseinander fallenden Rechtsmittel über die prozeßhindernde Einrede und über die Hauptsache, falls sie nicht zusammen verhandelt werden, jedes für sich zu versteuern sind. Diese aus den Motiven hergeleitete verschiedene Behandlung der ersten und der höheren Instanzen entspricht auch dem allgemeinen Begriffe von „Instanz". Denn man wird darunter die Gesammtheit der Prozeßhandlungen verstehen müssen, welche vor dem Gerichte einer bestimmten Ordnung (dem Gerichte erster Instanz, dem Berufungs-, dem Revisionsgerichte) stattfinden, um den diesem Gerichte unterbreiteten Streitstoff zu erledigen. Der durch die Klage und die Auslassung des Beklagten der Entscheidung des Gerichtes erster Instanz unterbreitete Streitstoff umfaßt aber sowohl die Hauptsache, als die prozeßhindernde Einrede. Durch die bloße Entscheidung über die letztere wird also der dem Gerichte erster Instanz unterbreitete Streitstoff nicht erledigt. Das Gericht kann gemäß § 248 C. P. O. sogar nach Verwerfung der Einrede die alsbaldige Verhandlung zur Hauptsache anordnen und dadurch herbeiführen, daß der Rechtsstreit gleichzeitig in zwei Instanzen verhan-

Digitized by Google

delt wird. Geschieht dies nicht, so kann das Verfahren vor dem Gerichte erster Instanz nicht als beendigt, nur als einstweilen ruhend angesehen werden. Wird die Verwerfung der Einrede rechtskräftig, so erfolgt nicht der Beginn eines neuen Rechtsstreites in erster Instanz, sondern das Verfahren erster Instanz wird durch einfache Ladung (ohne Neuerhebung der Klage) wieder in Gang gebracht und nun erst durch die Entscheidung über die Hauptsache der dem Gerichte erster Instanz unterbreitete Streitstoff voll erledigt, d. h. die erste Instanz beendet. Anders ist es in den höheren Instanzen. Hier ist durch die lediglich die Entscheidung über die Einrede betreffende Berufung (bezw. Revision) dem höheren Richter nur die Einrede als Streitstoff zugeführt; mit der Entscheidung über die Einrede ist dieser dem höheren Richter zugeführte Streitstoff seinem ganzen Umfange nach erledigt, d. h. mit anderen Worten: die höhere Instanz beendet. Um die demnächst erlassene Entscheidung über die Hauptsache der Entscheidung des höheren Richters zu unterbreiten, bedarf es der Einlegung eines neuen, von dem früheren Rechtsmittel völlig unabhängigen Rechtsmittels und das dadurch eingeleitete Verfahren kann daher nur als neue Instanz angesehen werden. (R. G. 23. XI. 82.) R. C. VIII. (129.) 434—437.

53. **Die Bestimmung des § 11 Abs. 2 der Geb. O. für R. Anw. vom 7. Juli 1879, daß bei wechselseitig eingewendeten Rechtsmitteln die Werthe zusammenzurechnen seien, ist auch anzuwenden, wenn sich im Laufe des Rechtsstreites der Streitgegenstand durch Widerklage oder Anschlußberufung erhöht.** Es ist allerdings richtig, daß sich die Prozeßgebühr schon bei Beginn der Instanz eröffnet, allein hieraus folgt keineswegs, daß, wenn sich im Laufe des Rechtsstreites der Streitgegenstand durch Widerklage oder Anschlußberufung erhöht, bei der Frage, um wie viel sich zu Folge dessen die Prozeßgebühr erhöhe, die Sache so anzusehen sei, als seien getrennte Klagen getrennt verhandelt worden. Wenn das Gesetz von beiden Parteien, soweit sie Antragsteller sind, Kostenvorschüsse verlangt, kann es natürlich nicht für jede derselben die Gesammtstreitsumme zur Grundlage nehmen. (R. G. 26. VI. 83.) A. VIII. (97.) 360. 361.

§ 88. **§ 88.**

Wenn jede Partei theils obsiegt, theils unterliegt, so sind die Kosten gegen einander aufzuheben oder verhältnißmäßig zu theilen.

Das Gericht kann der einen Partei die gesammten Prozeßkosten auferlegen, wenn die Zuvielforderung der anderen Partei eine verhältnißmäßig geringfügige war und keine besonderen Kosten veranlaßt hat, oder wenn der Betrag der Forderung der anderen Partei von der Festsetzung durch richterliches Ermessen, von der Ausmittelung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Berechnung abhängig war.

1. **Nach dem Sinne des § 88 Abs. 1 C. P. O. liegt in der Anordnung der Kostenkompensation zugleich die Festsetzung, daß die Gerichtskosten jeder der beiden Parteien zur Hälfte zur Last fallen sollen;** und zwar um deswillen, weil auch nach dem früher in Deutschland geltenden Rechtszustande mit der Kostenvergleichung stets die Theilung der Gerichtskosten, soweit sie nicht etwa für einzelne Akte schon von einer Partei zu entrichten gewesen waren, verbunden war. Im Gebiete des gemeinen Prozeßrechtes war dies unmittelbar der Fall, während für Preußen dasselbe Ergebniß dadurch herbeigeführt wurde, daß nach § 9 des preuß. Gesetzes

Digitized by Google

über die Gerichtskosten vom 10. Mai 1851 ausdrücklich nur die außergerichtlichen Kosten kompensirt, die gerichtlichen aber jedem der beiden Theile zur Hälfte auferlegt zu werden pflegten. Für die entsprechende Auslegung des § 88 C. P. O. spricht auch der Umstand, daß in den Fällen, für welche die Kostenkompensation nach dem Gesetze bestimmt ist, nämlich in denen des partiellen Obsiegens und Unterliegens jeder der beiden Parteien, meistens eine große Unbilligkeit darin liegen würde, wenn der Kläger allein die ganzen Gerichtskosten der ersten Instanz tragen sollte. Es ist ferner anzunehmen, daß das Gerichtskostengesetz eben aus dem Grunde keine besondere Bestimmung für den Fall der Kostenkompensation getroffen hat, weil jene Theilung der Gerichtskosten als schon im Begriffe der Kostenkompensation im Sinne der Civilprozeßordnung liegend und deßhalb der § 86 Abs. 1 G. K. G. als auf den fraglichen Fall anwendbar angesehen wurde. (R. G. 11. III. 82.) R. C. VI. (124.) 400.

2. **Ueber die Kosten der Klage und der Widerklage ist nicht gesondert zu entscheiden.** Die Widerklage ist nicht ein einzelnes Angriffsmittel im Sinne des § 91 so wenig wie im Sinne des § 137 (anders freilich im § 251); dies geht schon aus dem in § 91 gemachten Gegensatz zur „Hauptsache" hervor, da die Widerklage nicht minder Hauptsache ist als die Vorklage. Urtheil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 28. März 1885. S. A. XLI bezw. XI (61.) 95.

3. **Vertheilung der Gesammtkosten nach sachgemäßen Quoten im Falle des § 88 Abs. 1 der C. P. O.** (darf nicht nach den „Kosten der Klage" und Widerklage erfolgen, da diese kein „einzelnes Angriffsmittel" im Sinne des § 91 der C. P. O. sind). (R. G. 28. III. 85.) U. u. A. II. (53.) 101.

4. **Klagen aus Forderungen, die während des Prozesses in der höheren Instanz fällig werden, sind nicht abzuweisen. Vielmehr ist, wenn der Anspruch begründet ist, auf Verurtheilung zu erkennen und die pluspetitio temporis nur für den Kostenpunkt von Einfluß.** (Vgl. R. G. 30. IV. 80. R. C. I. (153.) 425—427.) — (R. G. 3. I. 83.) A. VII. (85.) 277. 278.

§ 89.

§ 89.

Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.

1. **Die Erhebung der Klage gilt als Zahlungsaufforderung. Auch wenn die Klagforderung zur Zeit der Klagerhebung nicht fällig ist, sondern erst während des Prozesses fällig wird, hat der Beklagte sämmtliche Prozeßkosten zu tragen, wenn er die von dem Kläger behauptete Fälligkeitsfrist nicht sofort anerkennt.** (R. G. 24. III. 82.) A. V. (89.) 369. 370.

2. **Die sofortige Anerkennung** ist nach dem Ausdruck des § 89 der C. P. O., vgl. mit § 273 Abs. 1 das. („erkennt eine Partei den gegen sie geltend gemachten Anspruch bei der mündlichen Verhandlung ganz oder zum Theil an") von der Anerkennung des Klaganspruchs durch den Beklagten im ersten Verhandlungstermine, nachdem die Verhandlung durch Stellung der Parteianträge eingeleitet worden und der Beklagte zur Erklärung auf die Klagbegründung das Wort erhalten, zu verstehen (vgl. Seuffert Komm. zur C. P. O. Nr. 2 zu § 89; Struckmann und Koch Komm. Nr. 2 das.; Sarwey Note das.) Urtheil des O. L. G.

Digitized by Google

zu Braunschweig v. 6. April 1883. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 262 S. 338.

3. **Der § 89 der C. P. O. findet entsprechende Anwendung auf das Kostenfestsetzungsverfahren.** Wenn der Kostenpflichtige dem Gegner seine Bereitwilligkeit zur Kostenerstattung erklärt, so kann man solange nicht sagen, daß er durch sein Verhalten zur Anbringung des Kostenfestsetzungsgesuchs Veranlassung gegeben habe, als nicht vorliegt, daß ihm vorher die Kostenrechnung vergeblich mitgetheilt worden ist. Beschluß des Reichsgerichts v. 11. April 1883. S. A. Bd. 38 Nr. 340 S. 450. R. C. XIV. (87.) 320. 321.

4. **Die Bestimmung des § 89 findet dann keine Anwendung, wenn der Beklagte die Klage durch den Beweis einer Erfüllungseinrede zurückschlägt;** in einem solchen Falle trifft die Kostenlast unbedingt den Kläger. (R. G. 9. VII. 84.) R. C. XV. (122.) 427.

§ 90. **§ 90.**

Die Partei, welche einen Termin oder eine Frist versäumt, oder die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung, die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung oder die Verlängerung einer Frist durch ihr Verschulden veranlaßt, hat die dadurch verursachten Kosten zu tragen.

Kostenseparation.

§ 91. **§ 91.**

Die Kosten eines ohne Erfolg gebliebenen Angriffs- oder Vertheidigungsmittels können der Partei auferlegt werden, welche dasselbe geltend gemacht hat, auch wenn sie in der Hauptsache obsiegt.

§§ 251, 256.

1. **Bei der Zurückweisung eines einzelnen Vertheidigungsmittels dürfen die Prozeßkosten nicht nach Quoten vertheilt werden.** Der § 87 stellt als Regel die Verurtheilung der unterliegenden Partei in alle Prozeßkosten hin und der § 88 läßt die Theilung der Kostenlast nach Quoten nur für den Fall, daß jede Partei theils obsiegt, theils unterliegt, zu, während für den Fall, daß ein einzelnes Vertheidigungsmittel ohne Erfolg geblieben ist, durch den § 91 dem Gericht nur anheimgegeben wird, die Kosten dieses Vertheidigungsmittels auszusondern und der betreffenden Partei aufzuerlegen, selbst wenn sie in der Hauptsache obsiegen sollte. Urtheil des Reichsgerichts v. 20. Sept. 1882. R. A. 1882, bes. Beil. Nr. 10 S. 6. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 171 S. 223.

2. **Ueber die Kosten der Klage und der Widerklage ist nicht gesondert zu entscheiden.** Urtheil des Reichsgerichts (I. Sen.) v. 28. März 1885. S. A. XLI bezw. XI (61.) 95. S. hierüber bei § 88.

§ 92. **§ 92.**

Die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels fallen der Partei zur Last, welche dasselbe eingelegt hat.

Die Kosten der Berufungsinstanz können der obsiegenden Partei ganz oder theilweise auferlegt werden, wenn sie auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt, welches sie nach freiem Ermessen des Gerichts in erster Instanz geltend zu machen im Stande war.

Die Kosten der Revisionsinstanz in Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, für welche die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind, hat auch im Falle des Obsiegens die Reichs- oder die Staatskasse zu tragen, wenn der Werth des Streitgegenstandes die Summe von dreihundert Mark nicht übersteigt und der Vertreter des Reichs oder des Staates die Revision eingelegt hat.

Digitized by Google

§ 509 Nr. 2 G. V. G. § 70 Abs. 2, 3.

1. **Eine redaktionelle Aenderung der Urtheilsformel hat auf den Kostenpunkt keinen Einfluß.** (R. G. 11. VI. 85.) R. C. XIII. (103.) 389.

2. **Für eine auf Enthebung von einer Pflichtanwaltschaft wegen Unvertretbarkeit der Sache gerichtete Beschwerdeführung können dem treffenden Rechtsanwalte Kosten nicht zur Last gelegt werden.** Die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels fallen gemäß § 92 Abs. 1 der Civilprozeßordnung der Partei zur Last, welche dasselbe ergriffen hat, mithin können etwaige durch eine solche Beschwerde verursachte Gerichtskosten nicht zu Soll des betreffenden Rechtsanwaltes gestellt werden. (B. O. L. 10. X. 84.) S. X. (191.) 521 f.

3. **Der § 92 der R. C. P. O. findet zweifellos auch für Beschwerdesachen Anwendung.** (Komm. von Dr. Hellmann Bd. II, S. 474.) — (B. O. L. 15. III. 81.) B. O. L. 15. III. 81. S. IX. (28.) 89.

4. **Bei wechselseitig eingelegten Rechtsmitteln darf über die Kosten des einen derselben nicht gesondert erkannt werden.** Die Kosten der Anschließung werden nicht gesondert von den Kosten der Berufung berechnet, sondern nach dem Werth, welcher sich durch Zusammenrechnung der beiderseitigen Beschwerdewerthe ergibt (§ 11 des G. K. G.) (S. hierüber bei § 87 verschiedene Fälle.) Urtheil des Reichsgerichts v. 17. Dez. 1884. S. A. 40 bezw. 10 (152.) 229.

5. Nach § 92 der C. P. O. zieht die Verwerfung der Berufung aus einem anderen Grunde die Verpflichtung des Klägers nach sich, die Kosten der Ber.-Instanz zu tragen. Auch **die Kosten der Rev.-Instanz, über welche zu entscheiden dem Endurtheil vorbehalten ist,** sind demselben aufzuerlegen, da dieser Instanzenzug zwar durch einen in letzter Instanz als rechtlich unhaltbar verworfenen Einwand des Bekl. veranlaßt, indessen bei dem nach § 91 für solche Fälle dem Richter vorbehaltenen Ermessen entscheidend ist, daß die Erfolglosigkeit des betr. Rechtsverfolgungsmittels, zumal dasselbe den Beifall der beiden Vorinstanzen gefunden hat, keineswegs vorauszusehen war (vgl. Motive zu § 89 des Entw. S. 114 bei Hahn Materialien S. 199). Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig vom 4. März 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 248 S. 347. 348.

6. **Ueber die Befugniß bezw. Verpflichtung des Ber.-Ger. zur Entscheidung über die Kosten, namentlich die der Ber.-Instanz, wenn dort nur ein Theil des Streitstoffs zur Erledigung kommt.** Wenngleich nun im Allgemeinen nicht bestritten werden kann, daß nach dem im § 87 (vgl. § 88) zum Ausdruck gelangten Grundsatz die Erledigung des Kostenpunkts regelmäßig der letzten Entscheidung zu überlassen ist, weil meistentheils erst durch diese endgültig festgestellt werden kann, welcher Theil als die im Rechtsstreit unterliegende Partei im Sinne des § 87 zu betrachten ist, so kann doch andererseits nicht verkannt werden, daß die Entscheidung über die Kosten einer Rechtsmittelinstanz, welche an und für sich geeignet sind, aus der Gesammtmasse der Kosten eines Rechtsstreits ausgesondert zu werden, naturgemäß gerade dem Richter der Rechtsmittelinstanz, auch dann, wenn seine Entscheidung nicht zugleich die letzte Endentscheidung im ganzen Rechtsstreit ist, aufzuerlegen, und in dem Moment abzugeben ist, wo die Instanz bei ihm ihre Erledigung findet (Planck Lehrb. des Civilprozeßrechts Bd. 1 § 69 S. 386 ff.) Selbstverständlich

Digitized by Google

ist dies indessen nur dann möglich, wenn die Entscheidung über die Instanzkosten spruchreif ist, d. h. wenn schon jetzt ermessen werden kann, daß der weitere Verlauf des Rechtsstreits auf die Verpflichtung, diese Kosten zu tragen, einen Einfluß nicht mehr haben kann. Dieser Fall ist anscheinend immer vorhanden, wenn eine Instanz für die sie betretende Partei verloren geht; denn für diesen Fall ist ein für alle Mal im § 92 Abs. 1 der C. P. O. ein bestimmter Grundsatz über die Kostenpflicht aufgestellt, welcher zur Anwendung zu bringen und daher in der das Rechtsmittelverfahren erledigenden Entscheidung auszusprechen ist — unangesehen die Möglichkeit, daß die in der Instanz unterlegene Partei als die nach § 87 schließlich im Rechtsstreit selbst obsiegende Partei erscheinen kann. Der Instanzrichter wird daher vorzugsweise nur in den entgegengesetzten Fällen, wo das Rechtsmittel ganz oder theilweise von Erfolg ist — Fälle, in denen es, und aus gutem Grunde, an einer dem § 92 Abs. 1 entsprechenden, ein für alle Mal gültigen Bestimmung fehlt — zu prüfen haben, ob die Lage der Sache es gestattet, über die Instanzkosten als einen selbständigen Theil der Kosten des gesammten Rechtsstreits schon jetzt materiell gerecht zu erkennen; er muß aber, bei Bejahung dieser Frage, als verpflichtet angesehen werden, diese Entscheidung selber abzugeben. Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig v. 6. April 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 249 S. 348. 349.

7. **Gelangt eine Sache zweimal zur Entscheidung in die Revisionsinstanz, so werden die Kosten der Revisionsinstanz zweimal, nicht bloß einmal erhoben.** Das G. K. G. bestimmt im § 31: „Wird eine Sache zur anderweiten Verhandlung an das Gericht unterer Instanz zurückverwiesen (§§ 500, 501, 528 der R. C. P. O.), so bildet das weitere Verfahren mit dem früheren Verfahren vor diesem Gericht im Sinne des § 28 Eine Instanz". Dagegen bestimmt das Gesetz nicht, daß, wenn das Gericht unterer Instanz nach der Zurückverweisung auf anderweite Verhandlung von neuem erkannt und gegen dieses neue Urtheil Rechtsmittel eingelegt werden, dies Verfahren auf diese Rechtsmittel in der höheren Instanz mit dem früheren Verfahren in der höheren Instanz im Sinne des § 28 des G. K. G. als Eine Instanz zu gelten habe. Eine solche Bestimmung folgt auch nicht aus allgemeinen Prinzipien, wäre vielmehr ganz prinzipwidrig, da von dem Gericht höherer Instanz in dem früheren und in dem späteren Verfahren über ganz neue Rechtsmittel gegen ganz verschiedene Urtheile verhandelt und erkannt wird, bei welchem Verfahren eine etwaige Gleichheit des materiellen Inhalts der angegriffenen Urtheile und der prozessualen Stellung der die Urtheile angreifenden Partei etwas rein Zufälliges wäre. (R. G. 19. XII. 83.) A. IX. (38.) 174—176. R. C. X. (140.) 425—427.

Vergleich.

§ 93. § 93.

Die Kosten eines abgeschlossenen Vergleichs sind als gegen einander aufgehoben anzusehen, wenn nicht die Parteien ein Anderes vereinbart haben. Dasselbe gilt von den Kosten des durch Vergleich erledigten Rechtsstreits, soweit nicht über dieselben bereits rechtskräftig erkannt ist.

Kostenpflicht des vermöglichen Gegners einer Armenpartei bei vergleichsweiser Erledigung des Rechtsstreits. Der angegriffene Gegner einer Armen-

Digitized by Google

partei ist nur einstweilen von den Kosten befreit (§ 111 der C. P. O.), wogegen die ihn treffenden Kosten, von deren Berichtigung er einstweilen befreit ist, dann von ihm einzuziehen sind, wenn der Rechtsstreit ohne Urtheil über die Kosten beendigt wurde, und kann sich derselbe deßhalb auch damit der Tragung seines Kostenantheils nicht entziehen, daß er im Vergleichswege eine Vereinbarung trifft, wodurch seine Verbindlichkeit auf den vermögenslosen Gegner übergewälzt werden soll, sondern es kann seine definitive Kostenbefreiung nur dann eintreten, wenn sämmtliche Kosten der Armenpartei durch urtheilsmäßige Entscheidung zur Last gelegt wurden (vgl. § 114 Abs. 2 der C. P. O., Petersen, Struckmann und Koch, Seuffert, zu diesem § vgl. Petersen Komm. Note zu § 93). Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe v. 1. März 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 340 S. 459. 460.

Anfechtung der Entscheidung im Kostenpunkt.

§ 94.

§ 94.

Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird.

§§ 89, 91, 92 Abs. 2.

1. **In Fällen, wo die Beschwerde zugleich die Hauptsache und den Kostenpunkt betrifft, kann dieselbe in letzterer Beziehung nicht zulässig sein, wenn sie in erster Beziehung unzulässig ist.** Es hat § 94 C. P. O. Anwendung zu finden, welcher bestimmt, daß die Anfechtung der Entscheidung im Kostenpunkte unzulässig ist, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird. Diese allgemeine Bestimmung gilt ohne Zweifel auch für das Rechtsmittel der Beschwerde. Unerheblich erscheint es, daß formell zugleich die Entscheidung in der Hauptsache angefochten wird, denn es kann nicht gestattet sein, das Gesetz, welches will, daß der Kostenpunkt für sich allein nicht anfechtbar sein soll, dadurch zu umgehen, daß man, bloß der Form wegen, auch in der Hauptsache ein Rechtsmittel einlegt, welches das Gesetz nicht zuläßt. Wenn § 94 a. a. O. von „Einlegung eines Rechtsmittels in der Hauptsache" spricht, so setzt er selbstverständlich ein Rechtsmittel, welches gesetzlich zulässig ist, voraus. (R. G. 24. I. 82.) R. C. VI. (97.) 339. 340. A. V. (40.) 198. 199.

2. **Wenn die Einlegung der Berufung in der Hauptsache (d. h. abgesehen von der Entscheidung des Kostenpunktes) an sich unstatthaft ist, so ist dieselbe nach § 497 C. P. O. als unzulässig zu verwerfen.** Denn der Fall, wo ein in der Hauptsache selbst unzulässiges Rechtsmittel eingelegt wird, kann im Sinne und Geiste des § 94 C. P. O. (vgl. Entsch. der Ver. Civilsen. des R. G.'s in Civils. Bd. 10 S. 309 ff.) unmöglich anders behandelt werden, als wenn gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel überhaupt nicht eingelegt ist. (R. G. 30. IV. 84.) R. C. XIII. (105.) 395.

3. **Eine Entscheidung im Kostenpunkte ist stets dann unanfechtbar, wenn aus irgend einem Grunde der Streit in der Hauptsache erledigt ist.** (B. O. L. 25. IV. 85.) S. XI. (47.) 123.

4. **Nach § 94 C. P. O. ist die Anfechtung einer Entscheidung über den Kostenpunkt auch dann unzulässig, wenn die Entscheidung nur den**

Digitized by Google

Kostenpunkt zum Gegenstande hat. Der § 94 C. P. O. lautet: „Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird." Die Vorschrift steht im allgemeinen Theile des Gesetzbuches und schließt sich der allgemeinen Lehre von der Kostenpflicht der Parteien einander gegenüber an. Dabei ist von in der Doktrin feststehenden Begriffen ausgegangen, nach denen die Prozeßkosten ihren Entstehungsgrund in dem Rechtsstreite haben, in Existenz und Umfang von diesem abhängig sind und jeder eigenen Selbständigkeit entbehren. Hierin beruht die von der Civilprozeßordnung verschiedentlich gemachte Unterscheidung von Hauptsache (Haupt- und Nebenanspruch) und Kostenpunkt (§§ 91, 279, 282, 94), und es ergibt sich daraus zugleich, daß die Prozeßkosten als solche nicht Gegenstand eines anderen Rechtsstreites und nicht zur Hauptsache werden können, wenn der anhängige Rechtsstreit im übrigen erledigt ist. Sodann beziehen sich die dem § 94 vorhergehenden Bestimmungen der §§ 87 ff. auf die Kosten des ganzen Rechtsstreites in allen Instanzen und sie ergeben deßhalb in Verbindung mit der dem Richter aufgelegten Pflicht, über die Kosten zu erkennen (§ 270 C. P. O.), daß der mit dem Rechtsstreite in höherer Instanz befaßte Richter auch mit dem Kostenpunkte befaßt ist und daher das in der Hauptsache eingelegte Rechtsmittel auch den Kostenpunkt ergreift. Dagegen lassen jene Bestimmungen die Frage unberührt, wie es sich mit der Anfechtung einer Entscheidung über den Kostenpunkt verhalte, wenn in der Hauptsache kein Rechtsmittel eingelegt wird, oder aus irgend einem Grunde, insbesondere auch, weil eine Entscheidung über die Hauptsache nicht ergangen, nicht eingelegt werden kann. Diese Frage ist von der Civilprozeßordnung, abgesehen von dem § 94, nirgends beantwortet. Ist nun an dieser Stelle der Prozeßordnung mit dem § 94 eine Vorschrift des Inhaltes angeschlossen, daß die Anfechtung der Kostenentscheidung, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird, unzulässig sei, so drängt sich von selbst der Gedanke auf, daß diese Vorschrift, jene Frage zu beantworten bestimmt sei, daß also in den bemerkten Fällen eine Anfechtung überhaupt nicht stattfinden solle. In diesem Sinne spricht der erste Satz des § 94 die Unanfechtbarkeit einer Kostenentscheidung als Regel aus, während der zweite Satz davon diejenigen Entscheidungen ausnimmt, deren Anfechtbarkeit schon nach den vorhergehenden Bestimmungen die Regel ist, sodaß beide Regeln nebeneinander Platz haben und den Gegenstand erschöpfen. Hiergegen ist von den Vertretern der abweichenden Auffassung, welche die Vorschrift nur auf mit der Hauptentscheidung verbundene Kostenentscheidungen beziehen wollen, auf die Satzstellung und die Wortfassung der Vorschrift hingewiesen, und einerseits der Gebrauch des bestimmten Artikels bei den Worten „gegen die Entscheidung" im zweiten Satze, welcher auf die Voraussetzung einer vorhandenen Hauptentscheidung auch im ersten Satze hindeute, hervorgehoben, andererseits die Bedingungsform des zweiten Satzes mit Rücksicht auf den unsicheren Sprachgebrauch und die Seltenheit alleiniger Kostenentscheidungen nicht für geeignet angesehen, den ersten Satz als Regel und den zweiten als Ausnahme erscheinen zu lassen, woraus dann gefolgert ist, daß die Tragweite der Vorschrift zweifelhaft bleibe, und dies dahin führen müsse, daß Entscheidungen über den Kosten-

Digitized by Google

punkt allein dem Angriffe durch die ordentlichen Rechtsmittel unterliegen. Nun steht zwar dieser Motivirung von Bedenken entgegen, einmal: daß die gewählte Art der Satzverbindung es keineswegs unklar macht, daß der erste Satz eine Regel der Unzulässigkeit der Anfechtung aufstellt, welche der bedingende Nachsatz beschränkt, und daß dieses Verhältniß der Sätze zu einander durch die Frage, was danach das Gewöhnliche ist und sein wird, die Unanfechtbarkeit oder die Anfechtbarkeit, nicht beeinflußt werden kann, das andere Mal: daß der Gebrauch des bestimmten Artikels statt des unbestimmten im zweiten wie im ersten Satze an und für sich nicht nöthigen kann, die sich aus einem Satze ergebende Voraussetzung auch auf den anderen zu übertragen, aber es kann freilich dennoch nicht behauptet werden, daß die Vorschrift keines deutlicheren Ausdruckes fähig war und ihre Fassung das erhobene Bedenken schlechterdings ausschließe. Indessen machen die Konsequenzen der abweichenden Auslegung es räthlich, dieses Bedenken fallen zu lassen. Denn zunächst ist ein rationeller Grund, die Anfechtung der Kostenentscheidung allein, je nachdem sie mit einer Hauptentscheidung in Verbindung steht, oder letztere sich erledigt hat, zuzulassen oder nicht zuzulassen, nicht erfindbar, da diese Entscheidung in einem Falle nicht anfechtungsbedürftiger erscheint, als in dem anderen. Dem Wesen nach stehen beide Fälle gleich, es steht der Kostenentscheidung eine erledigte Hauptsache zur Seite, welcher gegenüber der Kostenpunkt seine Unselbständigkeit und innerliche Abhängigkeit behält, und in beiden Fällen kann die Kostenfrage von beliebig erheblicher Bedeutung sein; der Unterschied ist lediglich ein formeller, der auch dadurch, daß der Richter die Erledigung der Hauptsache virtuell aussprechen kann, wieder verschwindet. Sodann führt die Ansicht, daß in dem einen Falle die ordentlichen Rechtsmittel eintreten, zu neuen Unterscheidungen und Zweifeln. Denn daß dieser Grundsatz dann nicht anwendbar ist, wenn es sich um die bloßen Kosten solcher erledigten Streitfälle handelt, bei denen die Beschwerde das ordentliche Rechtsmittel ist, kann nach § 530 C. P. O. nicht bedenklich sein, und die Frage, wie es in den Fällen zu halten, in welchen die Kosten dem in der Hauptsache obsiegenden Theile auferlegt sind, oder sonst ein Rechtsmittel gegen die Hauptentscheidung unmöglich ist, würde auf jenem Standpunkte besonderer und schwieriger Lösung bedürfen. Es ist aber nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber diese Konsequenzen ganz übersehen haben sollte. Mit diesem Ergebnisse befindet sich auch die sogenannte Entstehungsgeschichte der Vorschrift im Einklange, wenngleich die abweichende Interpretation auch hierin einer anderen Auffassung folgt. Dabei kommen insbesondere die verschiedenen Entwürfe der Prozeßordnung nebst Motiven in Betracht, da der § 94 aus den Berathungsstadien, welche die Entwürfe seit 1869 betrafen, unverändert hervorgegangen ist. Die Vorschrift lautete in dem preußischen Entwurfe von 1864: „§ 617 wegen unrichtiger Entscheidung des Kostenpunktes findet nur insofern die Berufung statt, als diese zugleich in der Hauptsache eingelegt wird"; die Motive dazu (Decker'sche Ausgabe 1864 S. 147) sprechen aus, daß die Zulassung der Berufung wegen des Kostenpunktes auch mit Beschränkung auf einen Beschwerdewerth mißlich sei, deßhalb die Aufstellung des Grundsatzes, daß wegen des Kostenpunktes allein die Berufung nicht zulässig ist,

Digitized by Google

bezweckt werde, und sie sind sonst wesentlich gleichlautend mit den Motiven des letzten Entwurfes. Das Vorbild ist offenbar die preußische Deklaration vom 6. April 1839 Art. 1 Nr. 3 gewesen, welche „wegen unrichtiger Entscheidung des Kostenpunktes, wenn in der Hauptsache kein Rechtsmittel zulässig ist oder eingelegt wird", den Rekurs, und auch diesen nur mit Beschränkung, für statthaft erklärte. Die Bestimmung ist dann nach § 156 des norddeutschen Entwurfes und von da in die Entwürfe zur deutschen Civilprozeßordnung, immer in der jetzigen Fassung, übernommen worden. Daß aber die veränderte Fassung von vorn herein keine Veränderung oder Einschränkung des Sinnes bezweckte, ergibt sich aus den Protokollen der norddeutschen Kommission vom 11. und 13. September 1869 S. 1485 ff. — Die Motive zum letzten Entwurfe (Kortkampf'sche Ausgabe S. 437) endlich besagen nach Bezugnahme der abweichenden Grundsätze des französischen und preußischen Prozesses wörtlich: „Konform dem preußischen Entwurfe § 617 Nr. 4 und dem norddeutschen Entwurfe § 156 schließt der § 92 (§ 94) die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt aus, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird. Zwar ist es für eine Partei gleich drückend, ob sie einen Betrag als Kosten oder Hauptschuld zu bezahlen hat, es erscheint aber aus allgemeinen Gründen mißlich, Rechtsmittel, auch nur in Form der Beschwerde, wegen unrichtiger Entscheidung des Kostenpunktes allein zuzulassen." Diese verschiedenen Aeußerungen gestatten keinen Zweifel darüber, daß mit der ursprünglichen wie mit der veränderten Fassung der Vorschrift ein und dasselbe bestimmt werden sollte, nämlich, daß die Anfechtung von Kostenentscheidungen nur mit dem in der Hauptsache zuständigen Rechtsmittel zuzulassen sei und dieselbe gegen bloße Entscheidungen über den Kostenpunkt (wegen des Kostenpunktes allein) nicht stattfinde. Es ist zwar dennoch, um die mit der Fassungsänderung verbundene Absicht, der Vorschrift die behauptete, eingeschränkte Bedeutung zu geben, zu konstatiren, auf die sich an die vorstehende Motivirung des letzten Entwurfes ausschließende Ausführung Bezug genommen, welche das Rechtsmittel für unangemessen oder überflüssig erachtet, gleichviel, ob man von dem Prinzipe ausgehe, es sei bei der Beurtheilung eines solchen Rechtsmittels auch die Sachentscheidung nachzuprüfen, oder von dem entgegengesetzten Prinzipe der Trennung von Sach- und Kostenentscheidung, und es wird in dieser Ausführung der eigentliche Gesetzesgrund der Vorschrift gefunden, der auf die Anfechtung der alleinigen Kostenentscheidung nicht passe. Dabei ist aber übersehen, daß diese Ausführung fast wörtlich aus der Begründung des Entwurfes von 1864 entnommen worden ist, dessen Fassung, wie ja auch vom jenseitigen Standpunkte angenommen wird, die Bedenken gegen die Tragweite der Vorschrift ausschloß, und es kann endlich auch nicht zugegeben werden, daß die gedachte Ausführung auf die Frage nach dem Anfechtungsbedürfnisse bloßer Kostenentscheidungen nicht anwendbar gemacht werden könne, und noch weniger, daß, wenn sie eine solche Anwendung ausschlösse, sie den deutlichen Sinn der daraus hergeleiteten Intention zu beschränken und zu beseitigen geeignet wäre. **(Entsch. der verein. Civilsenate des R. G. 18. X. 88.) R. C. X. (91.) 309—314. A. IX.** (11.) 55—59. Der erste Civilsenat hatte

Digitized by Google

in zwei Entscheidungen, nämlich vom 3. Mai 1882, R. C. VI. (135.) 432 bis 436, A. V. (138.) 531—535, und vom 10. Februar 1883, R. C. IX. (94.) 325—328, A. VII. (113.) 373—375, erkannt, daß der § 94 der R. C. P. O. in Fällen, wo das anzufechtende Urtheil überhaupt nur eine Kostenentscheidung enthält, keine Anwendung finde. Hievon sind die vereinigten Civilsenate im vorwürfigen Urtheile vom 18. Oktober 1883 abgegangen. — Auch das oberste L. G. für Bayern hat die Berufung gegen eine Entscheidung im Kostenpunkte in den Urtheilen vom 21. März 1882, 13. Februar 1882, sowie 16. Januar 1882 und 3. April 1883 für unzulässig erklärt. Sh. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 342 Ziff. I—III S. 463—465. Eine Entscheidung des O. L. G. in Oldenburg vom 10. Februar 1883 erachtete die Berufung in einem solchen Falle für zulässig und wandte sich namentlich gegen die Entsch. des bayr. obersten L. G. Sh. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 341 S. 450. 451.

5. **Gegen einen Ausspruch über die Streitkosten allein ist Berufung unzulässig, mag das Verfahren über die Hauptsache wie immer seine Erledigung gefunden haben.** Nach dem klaren unzweideutigen und einen ganz verständlichen Sinn gebenden Wortlaute des § 94 der Reichscivilprozeßordnung, welcher Wortlaut bei Feststellung des Sinnes derselben in erster Linie maßgebend ist, kann es nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, daß es kein selbständiges Rechtsmittel gegen die Kostenentscheidung gibt, und daß der Deutsche Civilprozeß den Standpunkt der Anfechtbarkeit einer Entscheidung im Kostenpunkte allein, wie solcher in mehreren Partikulargesetzen statthaft war, aufgegeben hat, und können daher auch letztere für Beurtheilung der hier zu entscheidenden Frage nicht weiter in Betracht kommen. Der maßgebende § 94 macht auch keinen Unterschied, ob die Hauptsache durch Urtheil, Zahlung, Klagabstand oder sonst erledigt ist. In allen diesen Fällen ist die Entscheidung im Kostenpunkte unanfechtbar und bildet diese Unanfechtbarkeit die Regel. Eine Ausnahme dieser Unanfechtbarkeit ist nur dann gestattet, wenn gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird. Bei dieser Sachlage kann nicht angenommen werden, daß nach dem Wortlaute des § 94 wenigstens die Frage offen gelassen wurde, wie es mit der Zulässigkeit eines Rechtsmittels im Kostenpunkte dann steht, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache überhaupt nicht vorliegt und eine solche nach Lage der Sache gar nicht veranlaßt ist; denn die Unanfechtbarkeit der Entscheidungen im Kostenpunkte ist, wenn nicht in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird, allgemein und ohne alle Unterscheidung im Gesetze vorgesehen, und nach bekannten Rechtsgrundsätzen hat der Richter in dem Falle keine Unterscheidung zu machen, wo das Gesetz selbst nicht unterscheidet. Völlig unberechtigt aber ist die Annahme, daß, da wo die Hauptsache selbst durch Zahlung erledigt ist, die Kosten den Charakter der Hauptsache annehmen. Denn wenn auch die Hauptsache selbst wegen ihrer Erledigung keiner Entscheidung mehr bedarf, so wird die Eigenschaft der Kosten als bloßer Nebensache in keiner Weise beeinträchtigt, und wird der Kostenpunkt dadurch, wenn er allein streitig bleibt, nicht zur Hauptsache. (Busch, Zeitschrift, Bd. 6 S. 80.) Bei der ganz allgemeinen Bestimmung des § 94 ist ein selbständiges Rechtsmittel gegen die Kostenentscheidung überhaupt ausgeschlossen und ist durch den § 94 auch

Digitized by Google

der Fall berührt, daß die Hauptsache selbst erledigt ist und daher einer Entscheidung nicht mehr bedarf. Auch die Motive zu dem Reichscivilprozeß und die deßfallsigen Verhandlungen der Justizkommission des Deutschen Reichstages, welche übrigens nur dann als Auslegungsbehelf in Benutzung kommen könnten, wenn die einschlägige Gesetzesstelle dunkel oder mehrdeutig wäre, stehen der dargelegten Auffassung nicht entgegen. Denn die Motive betonen mit aller Bestimmtheit, daß es aus allgemeinen Gründen mißlich sei, Rechtsmittel (auch nur in der Form der Beschwerde) wegen unrichtiger Entscheidung im Kostenpunkte zuzulassen, indem man namentlich die Erfahrung gemacht habe, daß es schwer sei, die Entscheidung über den Kostenpunkt zu prüfen, ohne auf die Sache einzugehen und man verhüten wolle, daß in höherer Instanz ein Urtheil über den Kostenpunkt ergehen kann, durch welches die nicht mehr zu beseitigende Vorentscheidung in der Hauptsache für sachlich unrichtig erklärt wird. (Hahn, Materialien II 1. S. 200.) Die Motive haben also in ihrem Eingange zur kritischen Gesetzesstelle ganz allgemein sich für die Nichtzulassung eines selbständigen Rechtsmittels im Kostenpunkte ohne jede Unterscheidung ausgesprochen und noch weiter betont, daß für ein derartiges Rechtsmittel auch schon darum kein Bedürfniß vorhanden sei, weil die Gesetze über die Entscheidung im Kostenpunkte einfach sind und dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum gestatten. (Hahn, Materialien a. a. O. S. 201.) Zudem wurde bei der zweiten Lesung des Entwurfs der Antrag eines Abgeordneten auf Streichung des betreffenden Paragraphen von der Kommission abgelehnt und solche in der obigen Fassung beibehalten, wobei durch einen Vertreter der Reichsregierung namentlich hervorgerufen wurde, daß in der Mehrheit der Fälle kein Bedürfniß bestehe, eine Anfechtung im Kostenpunkte ohne gleichzeitige Anfechtung in der Hauptsache zu gestatten. (Hahn, Materialien Bd. II 2 S. 984.) Angesichts dieses Vorganges bei der Berathung der Justizkommission des Reichstages in seiner zweiten Lesung kann der entgegengesetzten Auffassung des Referenten der Norddeutschen Civilprozeßkommission bei der im Jahre 1868 geschehenen Berathung des Norddeutschen Civilprozeßentwurfes kein Gewicht beigelegt werden und zwar um so weniger, da dieser Entwurf einer durchgreifenden Umarbeitung unterzogen wurde. (Struckmann und Koch, Kommentar S. XIV.) Auf Grund dieser Motive und einschlägigen Verhandlungen ist auch die Mehrzahl der Kommentatoren zu der Auffassung gelangt, daß die Anfechtung im Kostenpunkt allein, gleichviel in welcher Weise die Hauptsache erledigt ist, unzulässig ist, und hat auch der diesseitige Gerichtshof bereits in zwei Urtheilen diese Ansicht ausgesprochen. (S. Bd. IX S. 507 bis 510 der Sammlung der Entsch. des bayr. obersten Landesgerichtes.) — (B. O. L. 3. IV. 83.) S. X. (24.) 59—61. S. auch S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 342 S. 452—454.

6. **Unanfechtbarkeit bloßer Prozeßkostenentscheidungen.** Es spricht zunächst für die Anwendung des § 94 C. P. O. auch auf den Fall, wo eine Entscheidung in der Hauptsache nicht erfolgt war und das Instanzgericht nur über die Prozeßkosten zu entscheiden hatte, der Wortlaut des § 94, welcher eine Anfechtung der Kostenentscheidung ausschließt, wenn kein Rechtsmittel in der Hauptsache eingelegt wird, ohne einen Unterschied zu machen, ob ein Rechtsmittel in der Hauptsache möglich ist oder nicht.

Digitized by Google

Eine andere Auffassung über die Tragweite des § 94 ist auch in den ersten Jahren nach Erlaß der C. P. O. weder in der Rechtsprechung noch bei den Kommentatoren der C. P. O. zu Tage getreten. Anscheinend erst in Folge des Aufsatzes von Birkmeyer in der mecklenb. Zeitschr. für Rechtspflege und Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 320 ff. hat sich die Ansicht, daß in Fällen, wie der vorliegende, der § 94 cessire, Bahn gebrochen und auch Ausdruck gefunden in einem Erkenntniß des R. G. vom 3. Mai 1882 (Entsch. des R. G. Bd. 6 S. 432 ff., abgedr. in Seuffert, Archiv Bd. 37 Nr. 341). Es kann jedoch diese Ansicht für zutreffend nicht gehalten werden. Man mag zugeben, daß der Wortlaut des § 94 zu der Ansicht führen kann, daß er die Frage offen ließe, wie zu urtheilen sei, wenn gar keine Entscheidung in der Hauptsache vorliegt, oder daß bei Nichtexistenz einer Entscheidung in der Hauptsache die Kostensache zur Hauptsache werde; es mag ferner zugegeben werden, daß der frühere gemeine Prozeß und auch noch der norddeutsche Entwurf für diesen Fall ein Rechtsmittel wegen der Kostenentscheidung zuließ bezw. zulassen wollte. Man wird aber diese Ansicht nicht aufrecht erhalten können gegenüber den nächsten Interpretationsmitteln zum § 94 der C. P. O., den Kommissionsverhandlungen und Motiven zu diesem Paragraphen. Der § 92 des Entwurfs (§ 94 des Gesetzes) war in der ersten Lesung der Kommission ohne Widerspruch angenommen. In der zweiten Lesung wurde der Antrag auf Streichung gestellt und durch den Abgeordneten Grimm folgendermaßen motivirt: „weil auch der Streit über den Kostenpunkt ein Rechtsstreit über Mein und Dein, oft von sehr erheblichem Interesse sei und weil in jenen Fällen, wo die Hauptsache durch Vergleich, durch Zahlung 2c. erledigt sei, die Entscheidung des Kostenpunkts wegen Mangels einer Hauptsache absolut unanfechtbar wäre. Dieses würde auch dann der Fall sein, wenn der in die Kosten Verurtheilte in der Hauptsache obgesiegt habe" (Komm.-Prot. S. 519). Es wurde also als zweifellos angenommen, daß § 94 Anwendung finde auch auf den Fall, wo eine Entscheidung in der Hauptsache nicht vorliegt, und die Bedenken gegen den Paragraphen gründeten sich gerade fast ausschließlich auf diese Anwendung. Der Auffassung des Abgeordneten Grimm über die Tragweite des § 94 trat der Bevollmächtigte des Bundesraths, welcher das Bedürfniß, eine Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ohne gleichzeitige Anfechtung der Entscheidung in der Hauptsache zu gestatten, bestritt, stillschweigend bei. Wäre er in dieser Beziehung nicht derselben Ansicht gewesen, wie Jener, so würde er doch jedenfalls das Bedenken der Gegner des § 94, welches dann auf einer verkehrten Auffassung des Gesetzes beruht hätte, unter Hinweisung auf die Unrichtigkeit dieser Interpretation zu beseitigen versucht haben. Man wird bei dieser Lage der Sache nicht füglich mit Birkmeyer a. a. O. S. 339 annehmen können, daß Angriff und Vertheidigung von einer ganz verschiedenen Auffassung der Tendenz und Tragweite des betreffenden Paragraphen ausgegangen seien, ohne daß dieses Mißverständniß den Streitenden zum Bewußtsein gekommen wäre. Diese Annahme erscheint bei der Einfachheit des Gegenstandes und Verlaufs der Debatte ausgeschlossen. Der § 94 ist sodann unverändert in das Gesetz übergegangen. Die Ansicht der Kommission über die Tragweite des Paragraphen entspricht aber auch

Digitized by Google

durchaus den Motiven des Entwurfs. Es wird hier für unstatthaft erklärt, eine Entscheidung des höheren Gerichts allein über den Kostenpunkt, während eine Abänderung der Vorentscheidung in der Hauptsache, welche das Gericht gelegentlich der Prüfung der Kostenfrage ebenfalls zu prüfen hätte, ihm entzogen sei. Es kann hierbei keinen Unterschied machen, ob die Parteien dem zweiten Richter die Abänderung in der Hauptsache unmöglich machten dadurch, daß sie, nachdem die Sache rechtshängig geworden, in der Hauptsache überhaupt kein Urtheil verlangten oder nur ein Urtheil erster Instanz. Nach Ansicht der Motive ist durchschlagend der Gesichtspunkt, daß bei mangelndem Bedürfniß eines Rechtsmittels über den Kostenpunkt allein das höhere Gericht nicht gezwungen werden soll, über die Kosten allein zu urtheilen, während es die Hauptsache zu prüfen, aber als solche nicht zu entscheiden haben würde. Eine Prüfung der Hauptsache aber wird sich bei der Entscheidung über die Prozeßkosten fast nie umgehen lassen und die Konsequenz würde dann dahin führen, daß, obwohl die Parteien sich bereits über die Hauptsache verglichen haben, vielleicht nachträglich noch umfangreiche Beweisaufnahmen und Verhandlungen über die rechtliche Lage der Hauptsache, wie sie vor dem Vergleich ꝛc. war, lediglich der abzugebenden Kostenentscheidung wegen erforderlich sein würden. Dieses soll aber wenigstens für die zweite Instanz vermieden werden. Wenn nun auch der frühere Prozeß bezüglich der Anwendbarkeit der dem § 94 der C. P. O. entsprechenden Bestimmung einen anderen Standpunkt einnahm (und für Hannover ergibt sich dieses allerdings zweifellos aus dem Präjudiz vom 29. Juli 1843 Nr. III), wenn auch wirklich der norddeutsche Entwurf noch sich für eine beschränktere Anwendung des § 94 hat aussprechen wollen, so muß man doch jetzt, gestützt auf die Kommissionsverhandlungen und die Motive jenes § 94 der C. P. O., annehmen, daß durch diese Bestimmung eine Aenderung des bestehenden Zustandes herbeigeführt ist. Urtheil des O. L. G. zu Celle (2. Sen.) v. 7. Nov. 1883 in S. A. XXXIX. bezw. IX. (337.) 463—465. (S. auch Beschluß des bayr. obersten Landesgerichts v. 24. November 1883 in S. A. XXXIX. bezw. IX. (338.) 465—467.)

7. Die Zulässigkeit (Statthaftigkeit) eines Rechtsmittels richtet sich in erster Linie nach dem Zeitpunkte der Einlegung, d. h. der Zustellung des bezüglichen Schriftsatzes, mit welcher der Rechtsstreit in der höheren Instanz anhängig wird (§§ 479, 485, 235 C. P. O.). (Vgl. Entsch. des R. G. in Civils. Bd. 5 S. 378, Bd. 15 S. 405.) Unter dieser Regel steht auch der § 94, welcher nur eine Beschränkung der Zulässigkeit der Rechtsmittel enthält und daher systematisch seinen Platz in den Bestimmungen über die Rechtsmittel hätte finden sollen. Wenn nun der § 94 ausdrücklich die Einlegung des Rechtsmittels in der Hauptsache als Bedingung der Zulässigkeit der Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt hinstellt, so steht dies nur im Einklange mit jener Regel, und es läßt sich daher um so weniger annehmen, daß der Ausdruck dem Willen des Gesetzgebers nicht entspricht. War das Rechtsmittel in der Hauptsache in gültiger Weise eingelegt, so hat damit der Berufungs- oder Revisionskläger ein prozessualisches Recht erlangt, und es kann sich dann nur fragen, ob er desselben später durch Entsagung oder auch gegen seinen Willen verlustig gegangen ist. **Ebenso wie durch die Erledigung eines**

Digitized by Google

Theiles des im Streite stehenden Anspruches die durch das Vorhandensein eines 1500 M. übersteigenden Werthes des Beschwerdegegenstandes bedingte Zulässigkeit der Revision nicht alterirt wird (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 5 S. 387), **ebenso kann das in der Hauptsache und damit auch in Ansehung des Kostenpunktes rechtsgültig eingelegte Rechtsmittel nicht schon dadurch unwirksam und der Partei das durch die Einlegung des Rechtsmittels erlangte Recht wieder entzogen werden, daß der Rechtsstreit durch Tilgung oder sonst nach Einlegung des Rechtsmittels sich thatsächlich erledigt hat. In Uebereinstimmung hiermit hat auch bereits das Reichsgericht in einem Urtheile vom 8. Okt. 1886 (Rep. III. 119/68) angenommen, daß, wenn während der Dauer eines Rechtsstreites das Streitobjekt in der Hauptsache durch irgend ein Ereigniß — z. B. Verzicht, Zahlung — hinwegfällt, die Statthaftigkeit des Rechtsmittels nach dem Zeitpunkte der Einlegung desselben sich richtet.** Nun kann allerdings das rechtsgültig eingelegte Rechtsmittel und das dadurch erlangte Recht verloren gehen, wenn es von der Partei nicht, oder nicht in gesetzlich zulässiger Weise verfolgt wird. Eine Partei, die sich, nachdem sie gegen das ergangene Urtheil ohne Einschränkung auf den Kostenpunkt das zulässige Rechtsmittel eingelegt, nachträglich bei ihrer Verurtheilung oder Abweisung in der Hauptsache beruhigen und demgemäß in der mündlichen Verhandlung ihren Antrag nur auf den Kostenpunkt beschränken wollte, würde als dem eingelegten Rechtsmittel in der Hauptsache entsagend anzusehen und demgemäß in Konsequenz des § 94 a. a. O. auch des Rechtes, auf eine Abänderung der Kostenentscheidung anzutragen, verlustig gegangen sein. Anders liegt die Sache, wenn nach Einlegung des Rechtsmittels des Rechtsstreit in der Hauptsache sich durch Tilgung des Anspruchs oder sonst erledigt hat, wenn also der Gegenstand des Rechtsstreites selbst in Wegfall gekommen ist. Der befriedigte Kläger kann die Verurtheilung des Beklagten nicht mehr verlangen. Wenn nun in solchem Falle die betreffende Partei, nachdem die Erledigung des Rechtsstreites in der Hauptsache konstatirt worden, den Berufungs- oder Revisionsantrag auf den Kostenpunkt beschränkt, weil nur dieser noch infolge der im Laufe der Instanz eingetretenen Veränderung als Gegenstand des Streites übrig geblieben ist, so kann hierin nicht, wie in dem erstgedachten Falle, eine Entsagung des in der Hauptsache eingelegten Rechtsmittels gefunden werden, und hiermit fällt auch jeder Rechtsgrund der remedirenden Partei das durch die Einlegung der Revision erworbene Prozeßrecht, die Berichtigung der angefochtenen Entscheidung auch in Ansehung des Kostenpunktes zu verlangen, zu entziehen. Es kann in einem solchen Falle von einer Absonderung der Entscheidung in Ansehung der Hauptsache und des Kostenpunktes, wie sie § 94 a. a. O. verbietet, nicht die Rede sein; die Hauptsache ist erledigt, und es ergibt sich der Antrag auf anderweite Entscheidung des Kostenpunktes als die einzig noch verbliebene Konsequenz aus der Anfechtung des Urtheiles in der Sache selbst, wie sie durch die Einlegung der Revision eröffnet worden ist. Es trifft also in solchem Falle auch die ratio legis nicht zu, welche der Bestimmung des § 94 a. a. O. zu Grunde liegt. (Vgl. Struckmann und Koch, C. P. O. zu § 94.) Es bleibt keine unangefochtene Entscheidung der früheren Instanz rechtswirksam bestehen, mit welcher die Entscheidung der höheren Instanz be-

Digitized by Google

treffend den Kostenpunkt in Widerspruch treten könnte. (S. hierüber noch Weiteres R. C. XVIII. (98.) 421—423.) **Im Sinne des § 94 C. P. O. ist die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt nur dann ausgeschlossen, wenn gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel nicht eingelegt oder auf das eingelegte Rechtsmittel in Ansehung der Hauptsache verzichtet wird. Ein solcher Verzicht kann aber nicht schon dann angenommen werden, wenn nach Erledigung des Rechtsstreites in der Hauptsache der Rechtsmittelantrag auf den Kostenpunkt beschränkt wird. In diesem Falle genügt es zur Wahrung des Rechtsmittels, daß gleichzeitig mit Stellung des Antrages die Erledigung des Rechtsstreites in der Hauptsache konstatirt wird.** (R. G. 13. VII. 87.) R. C. XVIII. (98.) 418—423.

8. **Wenn auch nur zur Erzielung eines Ausspruchs im Kostenpunkte Entscheidung in der Hauptsache erforderlich war und gegen diese ein Rechtsmittel eingelegt worden ist, greift die Vorschrift in § 94 der Reichs-Civilprozeßordnung nicht mehr Platz.** (B. O. L. 15. III. 81. S. IX. (28.) 85.) — (B. O. L. 16. I. 82.) S. IX. (145.) 467. **Berufungs-Unzulässigkeit bei Streitsfortsetzung lediglich wegen des Kostenpunktes.** S. hierüber noch (B. O. L. 13. II. 82.) S. IX. (161.) 507. 508. Wie die Motive zu dem Entwurfe § 94 ergeben, soll die Entscheidung im Kostenpunkte überall unanfechtbar sein, wo aus irgend einem Grunde die Hauptsache erledigt ist. (B. O. L. 21. III. 82.) S. IX. (161.) 509. (S. auch B. O. L. 2. I. 84. S. X. (101.) 272.)

9. **Die Berufung gegen ein Erkenntniß, durch welches der Einspruch gegen ein Versäumnißurtheil zurückgewiesen wird, ist, falls es sich nach inzwischen rechtskräftig entschiedener Hauptsache nur noch um den Kostenpunkt handelt, zulässig.** Die C. P. O. behandelt im dritten Buche unter der Ueberschrift „Rechtsmittel" — in den §§ 472—540 — nur die Berufung, die Revision und die Beschwerde. Wesentliches Merkmal dieser Rechtsmittel ist, daß mit ihnen eine Partei die Entscheidung eines höheren Gerichtes zu dem Zwecke nachsucht, um eine ihr ungünstige Entscheidung eines anderen Gerichtes zu beseitigen. Der Einspruch wird von der Civilprozeßordnung nicht unter den Rechtsmitteln aufgeführt. Es fehlt bei ihm auch jenes charakteristische Merkmal. Derselbe wird nicht bei einem höheren Gerichte, sondern bei demselben Gerichte angebracht, welches das Versäumnißurtheil ausgesprochen hat, und zunächst nicht zu dem Zwecke eingelegt, den materiellen Inhalt dieses Versäumnißurtheiles zu beseitigen, vielmehr nur, um den früheren Zustand wieder herbeizuführen, in welchem sich der Prozeß vor Eintritt der Versäumniß befunden hat (§ 307 C. P. O.). Die Ausführungen in dem Erkenntnisse der vereinigten Civilsenate vom 18. Oktober 1883 berühren also den Einspruch nicht, denn er ist kein Rechtsmittel, und er enthält zunächst auch nicht eine Anfechtung der im Versäumnißurtheile ausgesprochenen, die den Einspruch einlegende Partei etwa beschwerenden Anordnungen. Wird der Einspruch für zulässig befunden und dadurch der Prozeß in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumniß befunden hat (§ 307 C. P. O.), so ist kein Grund ersichtlich, weßhalb nicht bei inzwischen erledigter Hauptsache diese neuen Verhandlungen ebenso auf den Kostenpunkt beschränkt werden könnten, wie dies in dem ersten Verfahren und vor Eintritt der Versäumniß in gleicher Weise hätte der Fall sein können. Möglicherweise zeigt

Digitized by Google

sich hierbei, daß überhaupt keine Versäumniß vorliegt, und daß es schon deßhalb ungerechtfertigt war, in dem Versäumnißurtheile dem angeblichen Säumigen die Kosten aufzulegen. Die Gründe, welche dazu geführt haben, im § 94 C. P. O. die Anfechtung eines Erkenntnisses bezüglich des Kostenpunktes auszuschließen, falls nicht dasselbe Erkenntniß auch in der Hauptsache mit einem Rechtsmittel angegriffen wird — können bei dem Einspruche gegen ein Versäumnißurtheil nicht Platz greifen. Der § 94 beruht, nach der zum korrespondirenden § 92 des Entwurfes gegebenen Begründung, darauf, daß es mißlich sei, Rechtsmittel (auch nur in Form der Beschwerde) — also Rechtsbehelfe mit devolutiver Wirkung — wegen unrichtiger Entscheidung des Kostenpunktes allein zuzulassen, und es knüpft sich hieran folgende Erwägung: „Die Erfahrungen im Gebiete des preußischen Rechtes haben dargelegt, wie schwierig in der Praxis die Beurtheilung der Entscheidung im Kostenpunkte von derjenigen über die Hauptsache zu trennen ist. Wird diese Scheidung nicht vorgenommen, und erörtert behufs Prüfung der nur über den Kostenpunkt geführten Beschwerde das höhere Gericht die Richtigkeit der in der Hauptsache ergangenen Entscheidung, so wird das principale gelegentlich eines accessorium zur Entscheidung gebracht, und doch ohne materielle Einwirkung auf die Hauptsache. Es sind aber Urtheile zu vermeiden, durch welche Vorentscheidungen, welche nicht beseitigt werden können, für sachlich unrichtig erklärt werden." (Vgl. Hahn, Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung Bd. 1 S. 200. 201.) Alle diese Anstände können bei dem Einspruche gegen ein Versäumnißurtheil nicht hervortreten, weil hier die erneuerte Verhandlung und Entscheidung demselben Gerichte übertragen ist, welches das Versäumnißurtheil erlassen hat. (R. G. 31. I. 85.) R. C. XIII. (80.) 327—330.

10. **Der § 94 macht keine Unterscheidung hinsichtlich der Rechtsmittel und ist sonach eine im Kostenpunkte erhobene Beschwerde nach dem Wortlaute des Gesetzes (§ 531) ein Rechtsmittel.** Es ist nach den Motiven zu § 94 nur als mißlich erklärt die Beurtheilung der Entscheidung im Kostenpunkte von derjenigen über die Hauptsache zu trennen, dagegen wird es dort als selbstverständlich erachtet, daß bei Einlegung eines Rechtsmittels in der Hauptsache mit dieser auch die Kostenentscheidung der Nachprüfung des höheren Gerichts anheimfällt. (Petersen, Bd. I S. 268; Hellmann, Bd. I S. 328.) So ist z. B. **bei Geltendmachung einer Beschwerde des Fiskus in der Hauptsache Beschwerdeführung des Gegenbetheiligten über den Ausspruch im Kostenpunkte gestattet.** (B. O. L. 15. III. 81.) S. IX. (28.) 88. Vgl. sub Ziff. 14.

11. Als Regel gilt die Unanfechtbarkeit der Entscheidung über den Kostenpunkt, als Ausnahme erscheint der Fall, daß ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung in der Hauptsache eingelegt wird. Nothwendige Voraussetzung dieses Ausnahmsfalles ist, daß eine Entscheidung in der Hauptsache vorliegt. **Wenn der Urtheilssatz des angefochtenen Urtheils nichts weiter enthält, als eine Entscheidung über den Kostenpunkt, so ist es gleichgültig, ob die Entscheidungsgründe die Motive darlegen, aus welchen eine Entscheidung in der Hauptsache, weil durch Anerkenntniß einer Partei das ihr vom Gegner abgesprochene Recht nicht zu besitzen oder zu beanspruchen, erledigt, absichtlich unterlassen wurde.** Es folgt dies aus der

Digitized by Google

rechtlichen Bedeutung der Entscheidungsgründe im Gegenhalte zur Urtheilsformel — Tenor —, welche die C. P. O. als Prinzip in § 293 angenommen hat. Nach dem Entwurfe der C. P. P. als § 283 (Hahn, Materialien zur C. P. O. S. 292) bestand die Absicht, durch Aufnahme der Bestimmung: „Die Rechtskraft ist nicht davon abhängig, daß die der Rechtskraft fähige Entscheidung in die Urtheilsformel aufgenommen ist", den Entscheidungsgründen eine mehr als bloß interpretative Bedeutung beizulegen und, soferne in denselben die Entscheidung über einen erhobenen Anspruch zu finden wäre, obgleich dieselbe die Urtheilsformel nicht wiedergibt, auch diese der Rechtskraft fähig zu gestalten. Dieser Absicht des Entwurfs, welcher einem zu weit gehenden Formalismus entgegen wirken wollte — vergl. auch Erklärung des Dr. von Amsberg als Vertreter der Regierung in Hahn's Materialien a. a. O. S. 608 ff. — wurde jedoch bei dessen Berathung in der Reichstags-Kommission insbesondere von den Abgeordneten Bähr, Gneist und Schwarze — s. Hahn a. a. O. — entgegengetreten, der diese Absicht enthaltende Satz in erster und zweiter Lesung gestrichen — s. Hahn a. a. O. S. 600 und 1006 —, und in dieser Fassung erlangte die betreffende Bestimmung Gesetzeskraft. Mit Rücksicht auf diese Entstehungsgeschichte des jetzigen § 293 der Civilprozeßordnung kann es nicht zweifelhaft sein, daß nach der durch Streichung jenes den Entscheidungsgründen eine erheblich weitere Bedeutung beilegenden Absatzes 3 des Entwurfs kundgegebenen Absicht des Gesetzgebers nur die in dem dispositiven Theile des Urtheils, d. h. der Urtheilsformel, welche nach § 284 Nr. 5 von der Darstellung des Thatbestandes und den Entscheidungsgründen auch äußerlich zu sondern ist, enthaltene Entscheidung der Rechtskraft fähig ist. Dieses ist die Ansicht nahezu sämmtlicher Kommentatoren der Civilprozeßordnung — vergl. Seuffert, II. Auflage, zu § 293 Nr. 3 und die dort angeführten Schriftsteller — und auch hierorts wurde sich derselben bereits angeschlossen (Entsch. des bayr. ob. Ldger. v. 30. April 1884 in S. X. (105.) 411 ff., s. bei § 293). Der hierin liegende, wie nicht zu verkennen, weit gehende Formalismus war gezeigtermaßen vom Gesetzgeber in bewußter Weise gewollt, muß also von dem zur Anwendung des Gesetzes berufenen Richter beachtet werden. (B. O. L. 26. VI. 84.) S. X. (171.) 465. 466.

12. **Gegen eine oberlandesgerichtliche Entscheidung für Zulässigkeit einer Berufung lediglich im Kostenpunkte ist Revision ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes zulässig.** Wenn auch § 94 der Reichs-Civilprozeßordnung bestimmt, daß die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt unzulässig ist, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird und demnach, abgesehen von der eben erwähnten Ausnahmsbestimmung, es kein Rechtsmittel gegen die Kostenentscheidung gibt, daher auch die Revision gegen Entscheidungen der II. Instanz im Kostenpunkte ausgeschlossen ist, so kann nicht außer Acht gelassen werden, daß hier mit der Revision keineswegs die vom Oberlandesgerichte erlassene Entscheidung im Kostenpunkte angegriffen wird, vielmehr dieses Rechtsmittel auf eine Verletzung des § 94 a. a. O. um deßwillen gestützt wird, weil das genannte Gericht die gegen die erstrichterliche Kostenentscheidung eingelegte Berufung als zulässig erachtete. In dieser Richtung findet aber die hiergegen eingelegte Revision ohne

Digitized by Google

Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes gemäß § 509 Ziff. 1 a. a. O. zweifellos statt. (B. O. L. 3. IV. 83.) S. X. (24.) 58. 59.

13. Ein Verstoß gegen den § 94 liegt dann nicht vor, **wenn der veränderte Berufungsantrag nicht bloß den Kostenpunkt, sondern zugleich die Hauptsache insoferne betraf, als an die Stelle der Abweisung des Klagantrages eine Erledigungserklärung gesetzt werden sollte.** (R. G. 9. VII. 84.) R. C. XV. (122.) 425. 426.

14. **Die Vorschrift des § 94 der C. P. O., daß die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt unzulässig ist, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird, bezieht sich auch auf die Kosten im Beschwerdeverfahren,** denn über die Beschwerde wird abgehandelt im 3. Buch, welches sich allein mit den Rechtsmitteln befaßt, und die auf Beschwerden gefaßten Beschlüsse werden an der betreffenden Stelle als Entscheidungen bezeichnet. Beschluß des Reichsgerichts v. 22. Septbr. 1880. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 80 S. 117. Sh. sub Ziff. 10.

15. **Der Gegenstand des Streites besteht nicht bloß in dem Kostenpunkte, und ist deßhalb die Berufung gegen das einen durch Beschluß angeordneten Arrest auf Widerspruch des Arrestbeklagten für gerechtfertigt erklärende Urtheil nicht unzulässig, wenn das Gericht erster Instanz hinterher auf die Anzeige des Arrestklägers, daß er die Pfandstücke freigegeben habe, dem hiermit verbundenen Antrage desselben entsprechend den Arrest durch Beschluß aufgehoben hat.** (R. G. 13. II. 86.) S. hierüber bei § 807 ad R. C. XVI. (72.) 325.

16. **Berufung gegen die Zurückweisung eines Ergänzungsantrags wegen einer Lücke in der Kostenentscheidung.** Eine solche Entscheidung betrifft nicht sowohl den Kostenpunkt selbst, als die Streitfrage, ob bereits eine erschöpfende Entscheidung über den Kostenpunkt ergangen sei. Da § 94 der allgemeinen Regel des § 472 gegenüber sich als eine singuläre Vorschrift darstellt, mithin streng auszulegen ist, so wird die Berufung, wenn auch gegen die Entscheidung in der Hauptsache kein Rechtsmittel eingelegt ist, für zulässig erklärt werden müssen (vgl. Struckmann u. Koch, Komm. Note 5 zu § 292). Erk. des O. L. G. zu Braunschweig v. 27. Okt. 1880. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 343 S. 465.

17. **Die Bestimmung in § 94 R. C. P. O. findet für das Vollstreckungsverfahren keine Anwendung.** Die unter dem Titel „Prozeßkosten" in §§ 87—100 der Reichs-Civilprozeßordnung enthaltenen Vorschriften haben nach ihrem Wortlaute und Inhalte nur die im Rechtsstreite, nämlich auf die Rechtsverfolgung und die Rechtsvertheidigung (§ 87), auf die Verhandlung und das Urtheil erwachsenen Kosten zum Gegenstande; auch sind der Rechtsstreit und die Zwangsvollstreckung wesentlich verschieden und sind für die Kosten der Zwangsvollstreckung eigene Bestimmungen in § 697 der Reichs-Civilprozeßordnung gegeben. Der Rechtsstreit hat mit dem Urtheile ein Ende; in dem Urtheile muß nach § 279 der Reichs-Civilprozeßordnung über die Prozeßkosten erkannt werden, und nur auf den im Urtheile enthaltenen Ausspruch über die Prozeßkosten hat der § 94 der Reichs-Civilprozeßordnung, welcher die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt für unzulässig erklärt, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird, Anwendung zu finden. Da die Zwangsvollstreckung nach §§ 644 und 645

Digitized by Google

der Reichs-Civilprozeßordnung erst nach dem Eintritte der Rechtskraft des Urtheils, somit erst dann, wenn das Urtheil mit keinem Rechtsmittel mehr angefochten werden kann, statthaft ist, so kann auch auf die Zwangsvollstreckungskosten, da sie erst nach dem Eintritte der Rechtskraft des Urtheils entstehen, die Vorschrift des § 94 über die Anfechtung des Urtheils im Kostenpunkte nicht angewendet werden. Wenn die Bestimmungen über die Prozeßkosten analog auf alle Vollstreckungskosten angewendet werden wollten, so stünde dieser Ausdehnung entgegen, daß für die Vollstreckungskosten besondere Vorschriften gegeben sind, und daß insbesondere die Bestimmungen des § 94, welche von der früheren Gesetzgebung abweichen, so singulärer Natur sind, daß eine Ausdehnung derselben über das Gebiet, für welches sie gegeben sind, nicht als statthaft erscheint. Insoweit die Vorschriften über Prozeßkosten auf die Vollstreckungskosten Anwendung finden sollen, ist im Gesetze ausdrücklich vorgesehen. So wird in § 697 auf § 87 der Civilprozeßordnung und in Art. 100 der Bayerischen Subhastationsordnung auf § 97 der Reichs-Civilprozeßordnung Bezug genommen. Wenn § 94 der Reichs-Civilprozeßordnung auf die Vollstreckungskosten anzuwenden wäre, so wäre dieses im Gesetze sicher ebenfalls angedeutet worden. Bei den im Zwangsvollstreckungsverfahren entstehenden Kosten ist zu entscheiden zwischen denjenigen Kosten, welche im Interesse aller Betheiligten auf die Zwangsvollstreckung erwachsen, den Aufwendungen, welche auf dieselben gemacht werden, und jenen Kosten, welche durch die Streitigkeiten einzelner Betheiligter entstehen, wie sich aus den Bestimmungen des § 760 Abs. 2 der Reichs-Civilprozeßordnung und des Art. 107 der bayr. Subhastationsordnung im Zusammenhalte mit Art. 108 Ziff. 5 und Art. 150 ebendaselbst ergibt. Die Bestimmungen des § 697 der Reichs-Civilprozeßordnung beziehen sich nur auf die Kosten der Zwangsvollstreckung selbst, nicht auch auf die Prozeßkosten, welche durch die Streitigkeiten im Zwangsverfahren verursacht worden, und worüber in den dieselben betreffenden Entscheidungen zu erkennen ist. (Sarwey, Kommentar zu § 697, Struckmann, Kommentar zu § 760 Anm. 3, Hellmann, Kommentar zu § 699 (Bd. 3 S. 62 Anm. 1), Blätter für Rechtsanwendung Bd. 46 S. 161 ff.) Zu den Zwangsvollstreckungskosten gehören die Forderungen des Versteigerungsbeamten für Auslagen, namentlich die hier streitigen Kosten der Bekanntmachung der Zwangsversteigerung (vgl. Ortenau zu Art. 107 der bayerischen Subhastationsordnung S. 185 Abs. 2 und Anm. 1), überhaupt alle jene Kosten, welche die Zwangsveräußerung des Subhastationsobjektes betreffen. (Blätter für Rechtsanwendung a. a. O.) Da der § 701 der Reichs-Civilprozeßordnung vorschreibt, daß gegen Entscheidungen, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können, sofortige Beschwerde stattfindet, diese Vorschrift ganz allgemein lautet, keine Ausnahme oder Einschränkung, wie sie § 94 der Reichs-Civilprozeßordnung bezüglich der Prozeßkosten festsetzt, bezüglich der Entscheidungen über die Kosten der Zwangsvollstreckung enthält, so ist eine Beschwerde auch im Kostenpunkte gegen einen nach § 684 Abs. 3 der Reichs-Civilprozeßordnung ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassenen Beschluß formell zulässig und eine Verwerfung derselben wegen formeller Unzulässigkeit nicht gerechtfertigt. (B. O. L. 24. XI. 83.) S. X. (91.) 237—240 und S. A. 39 bezw. 9 (338.) 465—467. Sh. jedoch Ziff. 18.

Digitized by Google

18. **Die Unanfechtbarkeit bloßer Prozeßkostenentscheidungen erstreckt sich auch auf das Vollstreckungsverfahren.** Beschluß des Reichsgerichts v. 8. Juli 1886. Seuffert, Bl. f. Rechtsanw. 51. Jahrg. Nr. 25 S. 398 ff. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 153 S. 216. 217. S. hierüber bei § 697.

19. Der Grundsatz, daß wegen des Kostenpunktes allein Berufung nicht statthaft sei, **gilt auch für das Verfahren in Patentsachen.** Das Prinzip, daß die Entscheidung über den Kostenpunkt für sich allein nicht Gegenstand der Berufung sein könne, war schon im norddeutschen Entwurfe (§ 743) ausgesprochen. Es ging in den Entwurf der deutschen Civilprozeßordnung (§ 92) über und wurde ohne jede Beanstandung in diese aufgenommen (§ 94). Daß sich das Patentgesetz vom 25. Mai 1877 von diesem anerkannten Prinzipe entfernen und die Berufung in weiterem Umfange als die Civilprozeßordnung zulassen wollte, läßt sich nicht annehmen; umsoweniger als jenes Gesetz sichtlich bestrebt ist, das Verfahren in Patentsachen mit den allgemeinen Bestimmungen der Civilprozeßordnung möglichst in Uebereinstimmung zu bringen (vgl. § 14 Abs. 4, § 15 Abs. 2, § 29). (R. G. 20. XII. 81.) R. C. VI. (98.) 340. 341.

Streitgenossenschaft.

§ 95.

§ 95.

Besteht der unterliegende Theil aus mehreren Personen, so haften dieselben für die Kostenerstattung nach Kopftheilen.

Bei einer erheblichen Verschiedenheit der Betheiligung am Rechtsstreite kann nach dem Ermessen des Gerichts die Betheiligung zum Maßstabe genommen werden.

Hat ein Streitgenosse ein besonderes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend gemacht, so sind die übrigen Streitgenossen für die durch dasselbe veranlaßten Kosten nicht verhaftet.

Durch die Bestimmungen dieses Paragraphen wird eine nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts begründete Verpflichtung, wegen der Kosten solidarisch zu haften, nicht berührt.

§§ 56, 58. H. G. B. Art. 112, 113, 280.

1. **Abs. 1 und 2. Das Gericht muß im Festsetzungsbeschluß bestimmen, wieviel jeder der unterliegenden Streitgenossen von den Prozeßkosten zu tragen habe.** (§§ 92. 95. 98. 99 der C. P. O.) (R. G. 13. XII. 84.) U. u. A. I. (122.) 199.

2. **Abs. 4. Solidarische Haftung mehrerer Streitgenossen für die Prozeßkosten nach § 95 Abs. 4 der C. P. O.** Nach der richtigen Auslegung des unklar gefaßten vierten Satzes des § 95 der C. P. O. kommt die Vorschrift des ersten Absatzes dann nicht zur Anwendung, wenn die mehreren Beklagten nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts in der Hauptsache solidarisch haften, so daß sich hieraus als Konsequenz auch ihre gleiche Haftung für die Erweiterungen der Hauptforderung an Kosten ꝛc. ergibt (vgl. Kommentare von Seuffert (2. Aufl.) Nr. 3; Struckmann und Koch Nr. 4; Wilmowski und Levy Nr. 4; Reincke Nr. 2c zu § 95). — Beschluß des O. L. G. zu Hamburg v. 8. Juni 1885. S. A. XL bezw. X (312.) 449.

3. **Voraussetzung der solidarischen Haftung mehrerer Streitgenossen für die Prozeßkosten.** Eine Verpflichtung, für die Kosten solidarisch zu haften, tritt danach nicht bloß dann ein, wenn in dem bürgerlichen Rechte eine die Solidarhaft für die Prozeßkosten ausdrücklich anordnende Vor-

Digitized by Google

schrift besteht, sondern auch dann, wenn nach dem bürgerlichen Rechte in dem dem Rechtsstreite zu Grunde liegenden materiellen Rechtsverhältnisse eine Solidarverbindlichkeit begründet ist. (R. G. 1. XII. 85.) R. C. XV. (102.) 381.

4. **Solidarische Haftung mehrerer Streitgenossen für die Prozeßkosten.** Nach dem Wortlaut des § 95 Abs. 4 tritt jene solidarische Verpflichtung jedenfalls dann ein, wenn die Sammtverbindlichkeit für die Hauptschuld sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts auch auf die durch Einklagung dieser Hauptschuld entstandenen Prozeßkosten erstreckt. Daß der angeführte Abs. 4 nur dann Anwendung finde, wenn das bürgerliche Recht die Solidarhaft speziell für die Prozeßkosten vorschreibe, wie Gaupp a. a. O. annimmt, ist weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte des dem § 68 Abs. 3 des hannöverschen Entwurfs nachgebildeten Abs. 4 zu entnehmen (zu vgl. hannöv. Konfer.-Prot. S. 4918). Die mehreren Theilnehmer an einer rechtswidrigen Handlung haben nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für sämmtlichen durch diese Handlung verursachten Schaden solidarisch einzustehen. Letzterer begreift aber nicht bloß denjenigen Vermögensnachtheil in sich, welcher die unmittelbare und nothwendige Folge der rechtswidrigen Handlung ist, sondern überhaupt jeden Nachtheil, welcher ohne dieselbe nicht eingetreten wäre, gleichgültig ob derselbe erst durch andere Thatsachen, und zwar selbst solche, welche hätten ausbleiben können, vermittelt worden ist. Zu diesem Vermögensnachtheil gehören aber die Prozeßkosten, welche durch die Einklagung der wegen der Folgen einer rechtswidrigen Handlung in Anspruch genommenen, ihre Verpflichtung bestreitenden Personen erwachsen sind, da der Beschädigte jene Kosten nicht aufzuwenden gehabt hätte, wenn die rechtswidrige Handlung nicht gegen ihn verübt worden wäre. (Wilmowsky Komm. 3. Aufl. S. 136 Z. 4; Seuffert Komment. 2. Aufl. S. 128 Z. 3; Petersen Komm. Bd. 1 S. 271; Struckmann Komm. 4. Aufl. S. 100; Puchelt Komm. Bd. 1 S. 334; Meyer Zeitschr. f. C. P. Bd. 7 S. 325. Anderer Meinung sind Gaupp Komm. Bd. 1 S. 301; Sarwey Komm. S. 178; Kleiner Komm. S. 438; Endemann Komm. Bd. 1 S. 405 Nr. 4; Hellmann Komm. Bd. 1 S. 330 Z. 5; Siebenhaar Komm. S. 150. Zu vgl. auch hannöversche Konferenzprotokolle S. 867. 868. 872.) Urtheil des O. L. G. zu Stuttgart v. 26. März 1885. S. A. XLI bezw. XI. (146.) 225. 226.

Nebenintervention; Streitverkündung und Nomination.

§ 96. **§ 96.**

Die Bestimmungen der §§ 87—93 finden auch auf die durch eine Nebenintervention verursachten Kosten Anwendung.

Gilt der Nebenintervenient als Streitgenosse der Hauptpartei (§ 66), so sind die Vorschriften des § 95 maßgebend.

1. **Zum Zwecke der Festsetzung von Kosten, welche durch eine Nebenintervention verursacht sind, genügt ein Urtheil, in welchem lediglich über die Kosten des Rechtsstreites Bestimmung getroffen ist, nicht.** Begrifflich würde nichts entgegenstehen, zu den Kosten des Rechtsstreites auch die

Digitized by Google

Kosten der Nebenintervention zu rechnen, da sie durch den Rechsstreit veranlaßt und in dem Rechtsstreite aufgewendet worden. Es könnte deßhalb zweifelhaft sein, ob dem Antrage auf Festsetzung der Kosten der Nebenintervention aus einem dem Wortlaute nach nur die Kosten des Rechtsstreites berücksichtigenden Urtheile stattzugeben sein dürfte, wenn in den Entscheidungsgründen unzweideutig ausgesprochen ist, daß unter den in der Urtheilsformel erwähnten Kosten des Rechtsstreites auch die durch die Nebenintervention verursachten verstanden werden sollen. Dieser Fall ist hier nicht entschieden. — Wenn aber der durch die Nebenintervention verursachten Kosten in der Urtheilsformel und in den Entscheidungsgründen überhaupt nicht Erwähnung geschieht, so kann es nicht statthaft erscheinen, solche Urtheile als vollstreckbare Titel zur Festsetzung auch der Kosten des Nebenintervenienten zuzulassen. Denn in der Civilprozeßordnung werden die durch die Nebenintervention verursachten Kosten insofern von den Kosten des Rechtsstreites unterschieden, als in der für dieselbe im § 96 gegebenen Bestimmung nicht gesagt wird, daß die durch die Nebenintervention verursachten Kosten zu den Kosten des Rechtsstreites im Sinne des § 87 a. a. O. gehören, dort vielmehr angeordnet wird, daß die in den §§ 87—93 gegebenen Bestimmungen über die Kosten des Rechtsstreites auch auf die durch die Nebenintervention verursachten Kosten Anwendung finden. Und eine solche Sonderung in Beziehung auf die Kosten entspricht auch dem Verhältnisse der Nebenintervention zum Rechtsstreite. Der Nebenintervenient tritt nur zur Unterstützung der Hauptpartei in den Prozeß ein, die letztere bleibt aber das eigentliche Prozeßsubjekt, so daß durch das im Prozesse ergehende Urtheil nur über das Rechtsverhältniß unter den Hauptparteien entschieden wird, der Rechtsstreit also nur dies Rechtsverhältniß betrifft, mag das ergehende Urtheil immerhin auch von Einfluß sein auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Nebenintervenienten und der Hauptpartei, welcher er beigetreten ist. Ferner spricht gegen die streitige Zulassung zur Zwangsvollstreckung von Urtheilen, in welchen sich keine Bestimmung über die Kosten der Nebenintervention findet, folgende Bemerkung in der Begründung der Civilprozeßordnung (S. 117, Ausgabe von Hahn S. 202), welcher bei den Berathungen der Civilprozeßordnung niemals widersprochen ist. „Die Prozeßkosten können dadurch vermehrt werden, daß ein Dritter sich als Nebenintervenient betheiligt. Für diesen Fall schreibt der § 94 (§ 96 C. P. O.) vor, daß auf die durch eine Nebenintervention veranlaßten Kosten die Bestimmungen der §§ 85—91 (§§ 87—93 C. P. O.) Anwendung finden. Der Nebenintervenient kann daher von dem unterliegenden Gegner Kostenersatz verlangen und muß seinerseits dem obsiegenden Gegner diese Kosten erstatten. Um in dieser Beziehung dem Gegner einen Titel für die Zwangsvollstreckung zu geben, muß sich das Endurtheil — wie Württemberg Art. 144 Abs. 1 und der sächsische Entwurf § 325 ausdrücklich hervorheben — über den Kostenpunkt der Nebenintervention auslassen." Selbstverständlich muß dasselbe, was hier hinsichtlich des Gegners gesagt wird, auch für die Nebenintervenienten gelten. Die Kommentatoren der Civilprozeßordnung, welche diese Frage überhaupt berühren, theilen denn auch ohne Ausnahme die Auffassung, welche in der Begründung Ausdruck ge-

Digitized by Google

funden hat, indem sie entweder (wie Petersen S. 188 Anm. 2 zu § 96; Hellmann, Bd. 1 S. 333; Sarwey, Bd. 1 S. 180; Kleiner, Bd. 1 S. 439 ff.; Förster, Bd. 1 S. 163 Anm. 1 b zu § 96; Struckmann und Koch, S. 101 Anm. 1 zu § 96; Uebel, Bd. 1 S. 107 Anm. 7 zu § 96) sich auf die Wiedergabe der Motive beschränken, oder (wie v. Bülow, S. 64 Anm. 1 zu § 96; Gaupp, Bd. 1 S. 303 Anm. 4 zu § 96; Wilmowsky und Levy, Bd. 1 S. 150 ff. Anm. 1 zu § 96; Koch, S. 116 Anm. 3 Abs. 3 zu 96; Puchelt, Bd. 1 S. 334. 336 Anm. 4 zu § 96), unter Bezugnahme auf die Motive in einer eigenen Bemerkung neben den Kosten des obsiegenden Gegners auch diejenigen des obsiegenden Nebenintervenienten erwähnen, z. B. v. Bülow mit den Worten: „Um für und gegen den Nebenintervenienten einen vollstreckbaren Titel herbeizuführen, muß das Endurtheil sich über die Kosten der Nebenintervention auslassen" und Wilmowsky und Levy mit dem Satze: „Zur Gewinnung eines Titels zur Zwangsvollstreckung muß das Endurtheil die Kostenpflicht des Nebenintervenienten bezw. des Gegners ihm gegenüber bestimmen". (R. G. 21. IV. 86.) R. C. XV. (117.) 418—420. Siehe hierüber auch noch bei § 98 eodem.

2. **Verhältniß, in welchem die Hauptpartei und ihr Nebenintervenient für die ihnen aufzuerlegenden Kosten haften.** Aus den freilich nicht sehr deutlichen Bestimmungen des § 96 der C. P. O. ergibt sich, daß abgesehen von dem Fall des § 66, wo der Nebenintervenient als Streitgenosse der Hauptpartei gilt, die durch eine Nebenintervention verursachten Kosten von den übrigen Prozeßkosten zu sondern sind, so daß, insoweit nicht die Kosten dem Gegner zur Last fallen, der Nebenintervenient nur die durch die Nebenintervention als solche verursachten Kosten, und diese zum Vollen, die unterstützte Hauptpartei dagegen nur die von der Nebenintervention unabhängigen Kosten und diese ebenfalls zum Vollen zu tragen hat. Dies ergibt sich daraus, daß der § 95, welcher die Haftung mehrerer Personen, aus welchen der unterliegende Theil besteht, regelt, im § 96 nur dann für anwendbar bezüglich der Kosten der Nebenintervention erklärt wird, wenn der Fall des § 66 vorliegt, im Uebrigen aber die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Kosten mit Ausschluß des § 95 angeordnet wird. Für den Fall des Unterliegens einer durch einen Nebenintervenienten, welcher nicht nach § 66 als ihr Streitgenosse gilt, unterstützten Hauptpartei ist also eine Entscheidung der Frage, ob beide für die Kosten solidarisch oder antheilsweise und in welchem Verhältniß haften, im Gesetz nicht für erforderlich erachtet worden, was eben nur daraus zu erklären ist, daß die Kosten, für welche der Nebenintervenient aufzukommen hat, andere sind als diejenigen, welche die unterstützte Hauptpartei treffen. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 8. Febr. 1886. S. A. XLI bezw. XI (244.) 373.

3. Nach § 96 Abs. 1 der C. P O. finden die Bestimmungen der §§ 87 bis 93 auch auf die durch die Nebenintervention verursachten Kosten Anwendung, **mithin hat nach § 87 die unterliegende Partei an und für sich auch dem der siegenden Gegenpartei zulässiger Weise beigetretenen Nebenintervenienten die demselben erwachsenen Kosten zu ersetzen, dies jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die Nebenintervention zur zweckentsprech-**

Digitized by Google

enden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung der unterstützten Partei nothwendig war. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg v. 23. Februar 1885. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 244 S. 355. 356.

4. Aus § 96 Abs. 1 der C. P. O. folgt, daß, wenn eine Nebenintervention nicht zurückgewiesen wird, der obsiegende Nebenintervenient, wie die obsiegende Hauptpartei, Anspruch auf Ersatz seiner Kosten abseiten der unterliegenden Partei hat. **Wie für die obsiegende Hauptpartei, so hat** mithin **auch für den obsiegenden Nebenintervenienten die Nothwendigkeit der verausgabten Kosten nicht auf die Frage, ob überhaupt Kosten zu erstatten sind, sondern nur auf die Höhe der zu erstattenden Kosten Einfluß.** Urtheil des O. L. G. zu Hamburg v. 7. März 1885. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 244 (2) S. 356.

5. **Der Nebenintervenient kann einen besonderen Anwalt bestellen und dessen Kosten erstattet verlangen.** (R. G. 15. X. 1884.) U. u. A. I. (58.) 109.

6. **Der Nebenintervenient, welcher sich eines anderen Anwaltes bedient, als die Hauptpartei, welcher er beigetreten ist, kann von der in die Kosten der Nebenintervention verurtheilten Gegenpartei die Erstattung der Gebühren und Auslagen seines Anwaltes unbedingt und nicht nur dann fordern, wenn er die Nothwendigkeit der Annahme eines eigenen Rechtsanwaltes darlegt.** Es ist bereits von dem V. Civilsenate des Reichsgerichtes durch Beschluß vom 8. Juli 1884 ausgesprochen worden, daß „nach §§ 96. 87. C. P. O. der Nebenintervenient nicht verpflichtet ist, sich desselben Rechtsanwaltes mit der Hauptpartei zu bedienen, vielmehr zur Wahrnehmung seiner Rechte einen eigenen Rechtsanwalt zu bestellen befugt und daher auch berechtigt ist, von dem zur Kostentragung verurtheilten Gegner Erstattung der Gebühren desselben zu verlangen. Gegen diese Begründung kann zwar eingewendet werden, daß nicht in allen Fällen, wo die Partei befugt ist, sich eines Rechtsanwaltes zu bedienen, die Verpflichtung der Gegenpartei zur Erstattung der dadurch entstandenen Kosten im Falle ihrer Verurtheilung in die Prozeßkosten besteht, insbesondere nach § 87 Abs. 2 C. P. O. nicht, wenn die Partei durch Zuziehung eines auswärtigen Rechtsanwaltes, durch einen nicht nothwendigen Wechsel in der Person des Rechtsanwaltes oder durch Zuziehung mehrerer Rechtsanwälte die Kosten vermehrt hat. Nach den Motiven zum § 85 des Entwurfes der C. P. O. soll auch bei Streitgenossen, obgleich jeder derselben befugt ist, sich eines eigenen Rechtsanwaltes zu bedienen, die Erstattungspflicht des zur Tragung der Prozeßkosten verurtheilten Gegners davon abhängen, ob die Zuziehung verschiedener Anwälte zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig war. Es könnte scheinen, daß ebenso auch bei Nebenintervenienten, zumal wenn sie gemäß §§ 66. 96 Abs. 2 a. a. O. als Streitgenossen der Hauptpartei gelten, nur unter derselben Voraussetzung ein Erstattungsanspruch gegenüber den zur Tragung der Kosten verurtheilten Gegner hinsichtlich der Gebühren und Auslagen eines von ihnen zugezogenen eigenen Anwaltes stattfinde. Indessen ist mit Rücksicht auf den Zweck und das dadurch bestimmte Wesen der Nebenintervention anzunehmen, daß, obschon die Erstattungspflicht des Gegners nach § 87 Abs. 1 hinsichtlich aller Kosten, daher mit der aus § 87 Abs. 2 sich ergebenden Einschränkung auch hinsichtlich der durch Zuziehung eines Rechts-

Digitized by Google

anwaltes verursachten Kosten, auf die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendigen Kosten beschränkt ist, doch bei dem Nebenintervenienten diese Nothwendigkeit auch ohne Darlegung besonderer Gründe für die Zuziehung eines eigenen Rechtsanwaltes regelmäßig vorhanden erscheint. Das Gesetz legt ihm das Recht bei, zur Wahrnehmung seines eigenen rechtlichen Interesses der Hauptpartei zu deren Unterstützung beizutreten. Um von diesem Rechte einen zweckentsprechenden Gebrauch machen zu können, bedarf es einer rechtskundigen Prüfung und Ueberwachung des Prozeßbetriebes der Hauptpartei, um erforderlichen Falles durch unterstützendes und ergänzendes Eintreten in die Verhandlung ihr zum Obsiege zu verhelfen. Es liegt daher die Zuziehung eines eigenen Anwaltes in der Natur der Sache, und wenngleich es dem Nebenintervenienten freisteht, sich jeder Betheiligung an dem Rechtsstreite zu enthalten, oder dieselbe auf eine Einwirkung auf den Anwalt der Hauptpartei ohne Eintritt in die Verhandlung als Nebenpartei zu beschränken oder beim Eintritte in die Verhandlung als Nebenpartei sich durch den Anwalt der Hauptpartei vertreten zu lassen, wodurch nach § 51 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte geringere Kosten entstehen als bei Zuziehung eines eigenen Rechtsanwaltes, so kann doch nicht gesagt werden, daß der Nebenintervenient, welcher als solcher in den Rechtsstreit eintritt, durch Zuziehung eines eigenen Rechtsanwaltes etwas thue, was zur zweckentsprechenden Verfolgung seines Rechtes nicht nöthig war. (R. G. 8. VI. 85.) R. C. XIII. (121.) 433—435.

7. **Im Falle Streitgenossen sich keinen gemeinschaftlichen Prozeßbevollmächtigten bestellen, ist jeder Streitgenosse, ohne Klarlegung besonderer Umstände, welche die Bestellung eines Rechtsanwaltes zu seiner besonderen Vertretung als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig rechtfertigen, berechtigt, die Gebühren und Auslagen desjenigen Rechtsanwaltes, welcher ihn vertreten hat, von dem unterliegenden Prozeßgegner erstattet zu verlangen.** (R. G. 7. X. 85.) Siehe hierüber bei § 58 ad R. C. XIV. (114.) 395—405.

8. Die **„Kosten einer Streitverkündung"** bestehen immer nur in solchen Kosten, die dem Streitverkünder selbst unmittelbar erwachsen sind (nämlich in der Regel in der Zustellungsgebühr und in den vom Rechtsanwalte zu berechnenden Schreibgebühren), da die Streitverkündung als solche weitere prozessualische Folgen überhaupt nicht nach sich zieht. (R. G. 15. II. 82.) R. C. VI. (121.) 392.

9. **Es ist an sich nicht völlig ausgeschlossen, daß der Streitverkünder dem Streitverkündeten Kosten zu ersetzen haben kann,** nämlich wenn er, ungehöriger Weise die Grenzen der bloßen Streitverkündung überschreitend, gegen den Streitverkündeten einen Termin zur mündlichen Verhandlung ausgewirkt und ihn zu demselben geladen hat; vgl. Entsch. in Civilsachen Bd. 4 S. 364. (R. G. 15. II. 82.) R. C. VI. (121.) 391. 392.

Haftung der Parteivertreter ꝛc. für durch grobes Verschulden veranlaßte Prozeßkosten.

§ 97. **§ 97.**

Gerichtsschreiber, gesetzliche Vertreter, Rechtsanwälte und andere Bevollmächtigte sowie Gerichtsvollzieher können durch das Prozeßgericht auch von Amtswegen zur

Digitized by Google

Tragung derjenigen Kosten verurtheilt werden, welche sie durch grobes Verschulden veranlaßt haben.

Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Vor der Entscheidung ist der Betheiligte zu hören.

Gegen die Entscheidung findet sofortige Beschwerde statt.

§ 540 Ger. K. G. § 37 Nr. 5. R. A. G. O. § 23 Nr. 1.

1. **Die Kosten der Berufungsinstanz können nicht dem Prozeßbevollmächtigten erster Instanz auferlegt werden.** (R. G. 27. IV. 81.) R. C. IV. (125.) 429. 430. A. III. (147.) 527. 528.

2. **Verurtheilung eines Rechtsanwalts in die durch sein grobes Verschulden veranlaßten Prozeßkosten.** Nach § 118 Satz 1 der C. P. O. findet gegen einen Beschluß, durch welchen das Armenrecht bewilligt wird, eine Beschwerde nicht statt. Es ist dies eine nothwendige Folge des in diesem Titel der C. P. O., insbesondere in den §§ 108, 111 und 115 durchgeführten Grundsatzes, daß der Gegner der Armenpartei durch die Zulassung der letzteren zum Armenrecht keinen Nachtheil erleiden soll, derselbe mithin kein rechtlich begründetes Interesse an dieser Verstattung hat. Danach muß es als ein grobes Verschulden eines Anwalts im Sinne des § 97 der C. P. O. angesehen werden, wenn er dem klaren Wortlaut und Geist des Gesetzes zuwider eine Beschwerde gegen den eine Partei zum Armenrechte zulassenden Beschluß des O. L. G. verfolgt. Beschluß des Reichsgerichts v. 7. Jan. 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 250 S. 356.

Verfahren behufs gerichtlicher Festsetzung der dem Gegner zu erstattenden Kosten.

§ 98.

§ 98.

Der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten kann nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden.

Das Gesuch um Festsetzung des zu erstattenden Betrags ist bei dem Gericht erster Instanz anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden. Die Kostenberechnung, die zur Mittheilung an den Gegner bestimmte Abschrift derselben und die zur Rechtfertigung der einzelnen Ansätze dienenden Belege sind beizufügen.

1. **Der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten kann nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden (§ 98 C. P. O.). Ist ein solcher Titel ein vollstreckbares Urtheil, so kann dasselbe als Unterlage für das Kostenfestsetzungsverfahren nur dann dienen, wenn darin ausdrücklich über die Verpflichtung zur Tragung der Kosten des Rechtsstreites Bestimmung getroffen worden. Ist der Kostenpunkt übergangen, so kann nicht etwa durch die Entscheidung in der Hauptsache, weil sich daraus nach den Grundsätzen der §§ 87 ff. C. P. O. ergebe, wer als kostenpflichtig anzusehen, der Erstattungsanspruch gerechtfertigt werden, sondern es muß vorab das Urtheil gemäß § 292 C. P. O. durch nachträgliche Entscheidung über die Kosten ergänzt werden. Das gleiche gilt, wenn der Kostenpunkt nur theilweise geregelt ist.** (R. G. 21. IV. 86.) R. C. XV. (117.) 418.

2. **Die in §§ 98 ff. der C. P. O. geordnete Festsetzung erstreckt sich nicht bloß auf die außergerichtlichen Kosten, sondern auf den gesammten zu erstattenden Betrag an gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten** und begreift namentlich die ersteren um so mehr mit, als es außerdem an

Digitized by Google

jedem Titel für deren zwangsweise Beziehung fehlen würde (§ 702 der C. P. O.). Entsch. des O. L. G. zu Jena vom 16. Juni 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 245 S. 341.

3. Darüber, **ob die Reise- und Zehrungskosten der Partei zu den nach § 98 der C. P. O. festzusetzenden Kosten gehören**, folgendes: Dergleichen Kosten sind zwar bis vor Kurzem von dem 2. Civ.-Sen. des O. L. G., weil sie als Prozeßschäden angesehen wurden, von den erstattbaren bezw. festzusetzenden Gebühren und Auslagen ausgeschlossen worden (vgl. Seuffert Arch. Bd. 37 Nr. 251). Diese Auffassung hat man jedoch auf Grund nochmaliger Erwägung der in Betracht kommenden Bestimmungen der C. P. O. in § 87 nach dem Vorgang des R. G. (Entsch. Bd. 10 S. 410) und in Uebereinstimmung mit Seuffert Komm. zur C. P. O. § 87 verlassen und die Erstattungspflicht bezw. Festsetzbarkeit rücksichtlich dieser Gattung von Kosten unter der Voraussetzung anerkannt, daß die in Betracht kommenden Reisen der Partei sich als nothwendig zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung darstellen. Beschluß des O. L. G. zu Jena vom 1. Juni 1886. Bl. f. Rechtspfl. in Thüringen ꝛc. Bd. 33 S. 354. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 152 S. 215.

4. **Die Reisekosten der Partei unterliegen in derselben Weise dem Kostenfestsetzungsverfahren des § 98 der C. P. O. wie diejenigen des Rechtsanwaltes.** (R. G. 8. V. 85.) U. u. A. II. (131.) 272.

5. **Der Mangel des Nachweises der bereits erfolgten Sicherheitsleistung rechtfertigt nach § 98 der R. C. P. O. nicht die Zurückweisung des Kostenfestsetzungsantrages**, sondern würde nur erforderlich machen, in dem Festsetzungsbeschlusse auszudrücken, daß derselbe nur gegen Sicherheitsbestellung vorläufig vollstreckbar sei. (R. G. 5. IV. 82.) A. V. (90.) 370. 371.

6. **Die Feststellung der zu erstattenden Kosten aus einem gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheil ist von dem Nachweis dieser Sicherheitsleistung nicht abhängig.** Nach § 703 der C. P. O. finden die in den §§ 662—701 für die Zwangsvollstreckung aus Urtheilen getroffenen Bestimmungen auch auf die Zwangsvollstreckung aus den im § 702 erwähnten Schuldtiteln, zu welchen die Kostenfestsetzungsbeschlüsse als durch Beschwerde anfechtbare Entscheidungen unzweifelhaft gehören, entsprechende Anwendung. Nun ergibt sich aber aus § 672 vgl. mit § 644, daß der Umstand, daß die Vollstreckung eines Urtheils von einer Sicherheitsleistung abhängt, der sofortigen Ertheilung der Vollstreckungsklausel zum Urtheil nicht entgegensteht. Ueberträgt man diese Bestimmung auf Kostenfestsetzungsbeschlüsse, so folgt daraus, daß auch bei ihnen nicht einmal die Ertheilung der Vollstreckungsklausel, geschweige denn der Erlaß der Festsetzungsbeschlüsse von dem vorherigen Nachweis der erfolgten Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden kann. Uebrigens spricht auch die C. P. O. ganz allgemein aus, daß der Anspruch auf Kostenerstattung auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden kann, ohne in dieser Beziehung, mit Ausnahme des hier nicht vorliegenden Falls des § 100, die Erfüllung weiterer Bedingungen zu fordern. Da nun aber nach § 644 auch das unter der Bedingung einer Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärte Urtheil unzweifelhaft ein „zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel" ist, so besteht

Digitized by Google

schon aus diesem Grunde eine Berechtigung zu einem Antrag auf Kostenfestsetzung. Beschluß des O. L. G. zu Jena vom 21. November 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 245 S. 356. 357.

7. **Die Kostenfestsetzung nach § 98 der C. P. O. erfolgt ohne Berücksichtigung der dem Gegner der Partei etwa zustehenden Kostenersatzansprüche.** Außer dem in § 100 der C. P. O. behandelten Fall der gänzlichen oder theilweisen Vertheilung der Prozeßkosten nach Quoten, erfolgt die Festsetzung der einer jeden Partei vom Gegner zu erstattenden Kosten durchaus selbständig und von einander unabhängig, so daß die Kosten der liquidirenden Partei ohne alle Rücksicht auf diejenigen des Gegners festgesetzt und im Wege des Vollstreckungsverfahrens beigetrieben werden. Freilich erwirbt die später liquidirende andere Partei möglicherweise eine Gegenforderung an die zuerst liquidirende und kann auf Grund derselben eintretenden Falls Kompensation begehren, diesen Einwand auch nöthigenfalls gerichtlich geltend machen. Allein dieser bloß möglichen späteren Wendung der Sache kann in dem jetzigen Stadium der letzteren nicht vorgegriffen werden. Wegen der Hauptfrage wird übrigens noch auf die Bemerkungen von Struckmann u. Koch Komm. zu § 100 und von Petersen § 100 (insbesondere Anm. 3 u. 6) Bezug genommen. Namentlich vertritt der zuletzt genannte Kommentator a. a. O. die auch hier getheilte Ansicht, daß in einem Verfahren nach § 98 der C. P. O. regelmäßig nur der Betrag der einer jeden Partei nach dem Urtheil zu erstattenden Kosten festzusetzen, nicht aber auch die Frage zu erledigen ist, ob die Kosten überhaupt noch geschuldet werden, oder ob die betreffende Forderung bereits durch Zahlung, Kompensation u. s. w. getilgt sei. Entsch. des gemeinsch. thüring. O. L. G. zu Jena vom 11. Juni 1881. S. A. Bd. 37 Nr. 252 S. 357 f.

8. Ueber die Frage, **wer die Kosten des Kostenfestsetzungsverfahrens trägt**, folgendes: Die §§ 98—100 der C. P. O. regeln das gerichtliche Verfahren über die Festsetzung der Kosten; sie geben aber, abgesehen von dem besonderen Fall des § 100, keine Vorschriften darüber, wer die Kosten dieses Verfahrens, welches sich als ein Nachprozeß, eine Liquidationsinstanz, darstellt, zu tragen habe. Es müssen also von selbst auf dieses Verfahren diejenigen Vorschriften angewendet werden, welche in den §§ 87 ff. über die Tragung der Prozeßkosten im Allgemeinen gegeben sind. Daß das gerichtliche Verfahren unnöthig ist, wenn die pflichtige Partei die Kostenforderung des Gegners außergerichtlich zu zahlen bereit ist bezw. zahlt, versteht sich von selbst. Um diesen Weg einschlagen zu können, muß sie aber vor allen Dingen wissen, welche Kosten der Gegner von ihr verlangt. Solange sie die Rechnung nicht erhalten hat, gibt sie zu einem gerichtlichen Verfahren keinen Anlaß, es sei denn, daß sie selbst dazu aufgefordert hätte. Nach § 89 hat der Kläger die Prozeßkosten zu tragen, wenn der Beklagte zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben hat und den Anspruch sofort anerkennt. Wenn auch die Anerkennung eine mündliche Verhandlung voraussetzt, so versteht es sich doch ganz von selbst, das das Gleiche auch dann gelten muß, wenn der Beklagte vor der Verhandlung den Kläger befriedigt hat. Der citirte Paragraph entspricht dem Prinzip, daß derjenige die Kosten zu tragen hat, welcher den Rechtsweg ohne Veranlassung betreten hat und außer-

Digitized by Google

gerichtlich Befriedigung hätte erlangen können. Dieses Prinzip auch auf die Kostenliquidation anzuwenden, hat um so weniger Bedenken, als nach § 93 das Gericht mündliche Verhandlung anordnen kann und alsdann, bei Anerkennung des Kostenschuldners, der § 89 direkt Anwendung leidet. **Es ergibt sich daraus, daß derjenige, welcher den Weg des § 98 einschlägt, ohne den Gegner in die Lage gesetzt zu haben, außergerichtlich die Sache zu erledigen, dieses dann auf eigene Kosten thut, wenn Letzterer, sobald er den Betrag der Kosten erfahren hat, ohne Bemängelung der Rechnung zahlt.** Beschluß des O. L. G. zu Kiel vom 26. Juni 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (227.) 357. 358.

9. Nach §§ 39 Abs. 1 und 38 Ziff. 1 des G. K. G. gilt das Verfahren auf den Antrag auf Festsetzung der vom Gegner zu erstattenden Prozeßkosten für die Gebührenerhebung als ein besonderer Rechtsstreit. Auch für diesen Rechtsstreit besteht die Vorschußpflicht des Antragstellers nach § 81 des G. K. K. und zwar auch dann, wenn in der Person des in die Prozeßkosten verurtheilten Gegners ein Schuldner der entstandenen Gebühren und Auslagen vorhanden. **Die Auferlegung, die durch den Kostenfestsetzungsantrag entstandenen Gebühren zu zahlen, erscheint mithin auch dann gerechtfertigt, wenn ein Armenanwalt selbst, nicht aber die Partei, der er als Armenanwalt zugeordnet ist, Antragsteller ist.** Das im § 115 der C. P. O. den für eine arme Partei bestellten Rechtsanwälten eingeräumte Recht, ihre Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner beizutreiben, ist ein selbständiges Recht des Anwalts. Das persönliche Interesse, welches der bestellte Armenanwalt daran hat, von der Bestimmung des § 115 der C. P. O. Gebrauch zu machen, ist ein sehr erhebliches und sein Vorhandensein ohne Weiteres klar. Das Interesse dagegen, welches die arme Partei daran haben soll, daß der ihr bestellte Anwalt seine Gebühren und Auslagen von dem Gegner eintreibe, mag ja in gewisser Beziehung als möglich gedacht werden können. Jedenfalls ist es nur ein sehr geringes, entferntes, gegenüber dem unmittelbaren Interesse des Anwalts. Deßhalb wird man unbedenklich, falls nicht im einzelnen Fall besondere Umstände die Annahme ausschließen sollten, davon ausgehen dürfen, daß der nach Verurtheilung des Gegners in die Kosten Festsetzung seiner Gebühren und Auslagen beantragende bestellte Armenanwalt diesen Antrag in Ausübung seines, ihm durch § 115 der C. P. O. gewährleisteten Rechts stellt. (S. hierüber auch noch bei § 115.) Beschluß des O. L. G. zu Hamburg vom 20. März 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (297.) 444. 445. S. hierüber noch bei § 115 eodem.

10. Die Festsetzung des Betrages zu erstattender Prozeßkosten gehört nach § 98 Abs. 2 C. P. O. vor das Gericht, bei welchem der Prozeß in erster Instanz verhandelt wurde. **Ist dies Gericht ein Landgericht, so unterliegt das Kostenfestsetzungsverfahren gemäß § 74 Abs. 1 C. P. O. dem Anwaltszwange,** soweit nicht Prozeßhandlungen in Frage kommen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können (§ 74 Abs. 2 C. P. O.), und als solche bezeichnet § 98 Abs. 2 C. P. O. nur die Anbringung des Gesuches um Festsetzung des zu erstattenden Betrages. Daß das Festsetzungsverfahren auch im Uebrigen nicht unter der Regel des § 74 Abs. 1 C. P. O. stehe, ist mit den klaren Worten des Gesetzes

Digitized by Google

unvereinbar. Der zweite Absatz des § 74 nimmt das Verfahren vor dem beauftragten und dem ersuchten Richter, sowie lediglich noch „einzelne Prozeßhandlungen" (vgl. Motive zu §§ 72. 73 des Entw. der C. P. O. S. 99) von der Regel aus. Daß das weitere, durch die ausgenommenen Handlungen eingeleitete Verfahren ebenfalls vom Anwaltszwange frei sein solle, bestimmt das Gesetz nicht, kann auch nicht als Absicht des Gesetzgebers unterstellt werden, mindestens hinsichtlich des landgerichtlichen Kostenfestsetzungsverfahrens nicht. Die Motive zu §§ 95—97 des Entw. der C. P. O. S. 118 ff. enthalten keine hierauf bezügliche Andeutung, und der innere Grund für das Gebot der Vertretung durch Anwälte (Motive S. 96 ff.) trifft bei dem erwähnten Verfahren insofern zu, als unter Umständen mündlich zu verhandeln und Beweis zu führen, jedenfalls aber der Festsetzungsbeschluß zu prüfen, nach Befinden auch die Beschwerdefrist zu wahren ist und dieser Prozeßbetrieb sowohl Rechtskenntnisse, als Erfahrung in gerichtlichen Geschäften erfordert. **Hiernach kann ein landgerichtlicher Kosten-Festsetzungsbeschluß der Prozeßpartei selbst nicht zugestellt werden.** Vielmehr muß gemäß § 162 C. P. O. die Zustellung an dessen für die erste Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen. Die Vorschrift des § 162 findet hier zweifellos Anwendung; denn die Festsetzung des zu erstattenden Kostenbetrages bildet einen Theil des anhängigen Rechtsstreites; sie betrifft einen streitigen Anspruch, welcher bereits durch Urtheil oder andere Schuldtitel, wiewohl erst dem Grunde nach, festgestellt und nun noch in einem besonderen abgekürzten Verfahren dem Betrage nach festzustellen ist. Auf dieses, dem Gerichte erster Instanz zugewiesene Verfahren erstreckt sich somit auch die Vollmacht der erstinstanzlichen Parteianwälte (C. P. O. § 77). (R. G. 26. VI. 83.) R. C. IX. (115.) 391. 392. (R. C. VII. (122.) 403.)

11. Die Eintragung der Kosten der Zwangsvollstreckung, einschließlich der Anwaltsgebühren für den Eintragungsantrag, darf nur auf Grund eines Festsetzungsbeschlusses des Prozeßrichters erfolgen. Beschluß des Kammergerichts vom 21./1. und 12./12. 81.

§ 99.

§ 99.

Die Entscheidung über das Festsetzungsgesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Zur Berücksichtigung eines Ansatzes genügt, daß derselbe glaubhaft gemacht ist. Gegen den Festsetzungsbeschluß findet sofortige Beschwerde statt.

§§ 266, 294, 702, 703, 662. Ger. K. G. § 4. R. A. G. O. § 23, § 30 Nr. 3.

1. **Anwaltszwang für die Beschwerde gegen den Festsetzungsbeschluß des § 99 C. P. O.** Nach § 74 C. P. O. und dem Beschlusse der vereinigten Civilsenate des Reichsgerichtes vom 29. April 1880 (Entsch. in Civils. Bd. 1 S. 431) muß eine vom Reichsgerichte zu entscheidende Beschwerde, wenn die Beschwerdeschrift bei dem Gerichte, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, eingereicht wird, der Regel nach von einem bei demselben zugelassenen Rechtsanwalte unterzeichnet sein. Eine der im § 532 a. a. O. aufgeführten Ausnahmen liegt nicht vor, und es darf auch daraus, daß nach § 98 a. a. O. das Gesuch um Festsetzung des zu erstattenden Betrages der Prozeßkosten vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden kann, die Befreiung der gegen den Festsetzungs-

Digitized by Google

beschluß erhobenen Beschwerde vom Anwaltszwange nicht gefolgert werden. Denn diese Bestimmung ist nur für das bei dem Gerichte erster Instanz anzubringende Gesuch gegeben. Wäre der Gesetzgeber davon ausgegangen, daß in allen Fällen, in welchen der Antrag oder das Gesuch, auf welches die erste Entscheidung ergeht, vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden kann, auch die Beschwerde vom Anwaltszwange befreit sein solle, so hätte es in Hinblick auf §§ 109. 346. 351. 367 a. a. O. nicht der Bestimmung des § 532 a. a. O. bedurft, daß die Einlegung zu Protokoll des Gerichtsschreibers erfolgen könne, wenn die Beschwerde das Armenrecht betrifft oder von einem Zeugen oder Sachverständigen erhoben wird. (R. G. 16. X. 82.) R. C. VII (122.) 403. 404. (R. C. IX. (115.) 391. 392.)

2. **Anwaltszwang in landgerichtlichen Prozessen bei der Beschwerde über die Festsetzung von Prozeßkosten.** Es ist allerdings in § 98 bestimmt, daß das Gesuch um Festsetzung des vom Prozeßgegner zu erstattenden Kostenbetrags vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden könne. Die Beschwerde folgt aber nicht ohne Weiteres den Formalvorschriften, gegeben für den Prozeßakt, welcher den beschwerenden Beschluß veranlaßt hat, sie ist eine besondere selbständige Prozeßhandlung und ist nur in den Fällen frei vom Anwaltszwange, in welchen sie nach näherer Bestimmung der Vorschriften des § 532 Abs. 2 der C. P. O. zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden darf. Beschluß des Reichsgerichts v. 5. Nov. 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 253. S. 358.

3. **Der Beschluß zweiter Instanz über Kostenfestsetzung kann der Partei nicht persönlich zugestellt werden, falls sie in erster Instanz einen Anwalt aufgestellt hatte.** (R. G. 4. III. 83.) Siehe hierüber § 164 ad R. C. IX. (95.) 329. 330.

4. **Der Weg, auf welchem gegen einen vollstreckbaren Kostenfestsetzungsbeschluß noch ein Kompensandum vom Kostenschuldner mit der Wirkung der Aufhebung des Beschlusses geltend gemacht werden kann, ist nicht der Weg der Beschwerde gegen letzteren, sondern nur der im §§ 686. 703. 702. Ziff. 3 der C. P. O. vorgesehene Weg der selbstständigen Klage, vorausgesetzt, daß die allgemeinen Bedingungen dieser Klage vorliegen.** (R. G. 24. IV. 85.) U. u. A. II (16) 22.

5. **Abs. 3.** Als ein „**Festsetzungsbeschluß**" im Sinne des § 99 Abs. 3 kann nur ein solcher Beschluß gelten, der überhaupt irgend welche Kosten festsetzt, nicht aber ein solcher, welcher die Festsetzung gerade ablehnt. (R. G. 15. II. 82.) R. C. VI. (121.) 390. 391.

6. **Die Beschwerde gegen einen Beschluß, welcher eine Kostenfestsetzung ablehnt, ist nicht eine sofortige, sondern eine gewöhnliche Beschwerde** (R. G. 15. II. 82.) R. C. VI. (121.) 390.

7. **Zwar ist im allgemeinen dem Rechtsanwalte die Befugniß nicht beigelegt, gegen Beschlüsse, welche im Kostenfestsetzungsverfahren zwischen den Parteien ergehen, in seinem eigenen Namen Beschwerde zu erheben,** und es ist insbesondere die von Werthfestsetzungsbeschlüssen handelnde Vorschrift des § 12 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte hierauf nicht zu beziehen, (vgl. Beschluß des I. Civilsenats des Reichsgerichts vom 2. Juni 1883 Beschw.-Rep. I. 35. 83), weßhalb auch gegen einen auf

Digitized by Google

Beschwerde der Gegenpartei im Kostenfestsetzungsverfahren ergangenen Beschluß des Beschwerdegerichtes dem Rechtsanwalte in eigenem Namen die Beschwerde nicht zusteht. **Anders aber verhält es sich, wenn der einer armen Partei bestellte Anwalt auf Grund des § 115 C. P. O. seine Gebühren und Auslagen zum Zwecke der Beitreibung derselben von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner feststellen läßt.** Da hierbei der Anwalt selbst kraft gesetzlicher Bestimmung dem Gegner als Forderungsberechtigter gegenübersteht, kann er auch die nach § 99 Abs. 3 C. P. O. stattfindende Beschwerde oder die Beschwerde gegen den Beschluß des Beschwerdegerichtes in eigenem Namen erheben. (R. G. 14. VII. 83.) N. C. IX. (114.) 390. A. VIII. (87.) 349. 350.

8. **Gegen einen nach §§ 98 und 99 der Reichs-Civilprozeßordnung erlassenen Kostenfestsetzungsbeschluß kann, wenn es sich auch damit um Reisegebühren eines Anwaltes handelt, von diesem nicht in eigenem Namen Beschwerde ergriffen werden.** Die Entscheidung über die Erstattung der Prozeßkosten und der aus diesem Anlaß gemäß §§ 98 und 99 der Reichs-Civilprozeßordnung ergehende Festsetzungsbeschluß betrifft nur die Parteien unter sich und bleibt das Rechtsverhältniß des Anwaltes zu seiner Mandantschaft hierbei völlig unberührt. (Eine Ausnahme macht § 115 l. c.) — (B. O. L. 13. X. 84.) S. X. (195.) 525. 526.

9. **Eine Prozeßpartei hat kein Interesse an der Erhöhung der lediglich als Grundlage für die Kosten- bezw. Gebührenberechnung erfolgten gerichtlichen Festsetzung des Streitgegenstandes, daher auch kein Beschwerderecht gegen diese Festsetzung.** (R. G. 23. II. 84.) A. IX. (104.) 437.

10. **Unzulässigkeit der Beschwerde einer Partei wegen Feststellung eines zu geringen Streitwerths für die Kostenberechnung.** Ein berechtigtes Interesse daran, daß zum Zweck der Kostenberechnung die Festsetzung des Werths des Streitgegenstandes zu einem höheren Betrage erfolge, auf Seiten einer Partei — und von dieser, nicht etwa von ihrem Anwalt aus eigenem Recht, ist die Beschwerde erhoben — kann nicht anerkannt werden. Der Wunsch, daß der zur Kostentragung verpflichtete Gegner einen größeren Kostenaufwand zu machen habe, ist kein vom Gesetz berücksichtigtes und zum Beschwerderecht legitimirendes Interesse. Beschluß des Reichsgerichts (I. Sen.) vom 17. Juni 1885. S. A. XLI bezw. XI (60.) 94. 95.

11. **Die Bestimmung des § 74 der R. C. P. O., daß eine vom Reichsgericht zu entscheidende Beschwerde von einem bei der Vorinstanz zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein müsse, bezieht sich auch auf Beschwerden gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluß.** Nach § 74 der R. C. P. O. und dem Beschluß der vereinigten Civilsenate des R. G. vom 29. April 1880 (Civil-Entscheidungen Bd. I, S. 431) muß eine vom R. G. zu entscheidende Beschwerde, wenn die Beschwerdeschrift bei dem Gericht, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, eingereicht wird, der Regel nach von einem bei demselben zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Eine der im § 532 daselbst aufgeführten Ausnahmen liegt nicht vor, und es darf auch daraus, daß nach § 98 der R. C. P. O. das Gesuch um Festsetzung des zu erstattenden Betrags der Prozeßkosten vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden kann, die Befreiung der gegen den Festsetzungsbeschluß erhobenen Beschwerde vom Anwaltszwange nicht gefolgert werden. Denn diese Bestimmung ist nur für das bei dem

Digitized by Google

Gericht erster Instanz anzubringende Gesuch gegeben. Wäre der Gesetzgeber davon ausgegangen, daß in allen Fällen, in welchen der Antrag oder das Gesuch, auf welches die erste Entscheidung ergeht, vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden kann, auch die Beschwerde vom Anwaltszwange befreit sein solle, so hätte es im Hinblick auf §§ 109, 346, 351, 367 nicht der Bestimmung des § 532 bedurft, daß die Einlegung zu Protokoll des Gerichtsschreibers erfolgen könne, wenn die Beschwerde das Armenrecht betrifft oder von einem Zeugen oder Sachverständigen erhoben wird. (R. G. 16. X. 82.) A. VI. (82.) 376. 377.

12. **Rekurse in Kostensachen alten Stils unterliegen nicht dem Anwaltszwang.** (R. G. 27. VII. 80.) A. II. (115.) 504. 505.

13. **Die Bestimmung des § 99 Abs. 3 ist auch zu beziehen auf die in einem solchen Beschluß, als Bestandtheil desselben, zu treffende Entscheidung des Kostenpunktes.** Beschluß des Reichsgerichts v. 17. Okt. 84. S. A. Bd. 12 bezw. 42 Nr. 75 S. 107.

14. **Ueber die Kosten des Beschwerdeverfahrens wegen Kostenfestsetzung ist wie über die Kosten eines besonderen Rechtsstreites zu entscheiden.** (R. G. 3. XI. 80.) R. C. IV. (99.) 365.

15. **Ueber die im Kostenfestsetzungs-Verfahren entstehenden Kosten ist nach den in den §§ 81 und ff. der R. C. P. O. ausgesprochenen Grundsätzen zu erkennen.** Verfolgt der Anwalt der obsiegenden Partei eine Beschwerde wegen eines Abstrichs an der von ihm eingereichten Kostenrechnung nicht ausdrücklich nur in eigenem Namen und Interesse, so haben die Parteien selbst die Kosten dieses Verfahrens in der nämlichen Weise zu tragen und zu erstatten, wie es unter gleichen Umständen im Prozesse über den Hauptgegenstand der Fall sein würde. Nur wegen groben Verschuldens könnte nach § 97 cit. eine Verurtheilung des Anwalts in die bezüglichen Kosten erfolgen. (R. G. 30. X. 83.) A. VIII. (134.) 505.

16. Bezüglich der **Kostenerstattung in dem Verfahren nach Art. 26 des H. G. B.** s. § 87. Was sodann die Anträge auf Werths- oder Kostenfestsetzung in diesem Verfahren von Amtswegen anlangt, so finden dieselben in Preußen, falls es zur Beschwerde und weiteren Beschwerde in dieser Beziehung kommt, durch Beschluß eines Civilsenates des kgl. preuß. Kammergerichts ihre definitive Erledigung. (Deutsches Gerichtskostengesetz §§ 1. 4. 16. 59. preuß. Ausführungsgesetz zu demselben. §§ 4—8, preuß. Verordn. vom 27. Januar 1862 § 8 Nr. 4.) Das Reichsgericht ist (nach den Grundprinzipien der Gerichtsverfassung des deutschen Reiches, namentlich nach den Bestimmungen der §§ 135. 136 des Gerichtsverfassungsgesetzes) in keiner Beziehung zuständig zu einer Entscheidung in dem Verfahren von Amts wegen nach Art. 26 des H. G. B. sei es in dem Hauptgegenstande, sei es in Bezug auf Werth- und Kostenfestsetzungen. (R. G. 22. V. 80.) R. C. II. (63.) 225.

17. **Haftung der Parteien für die Kosten der Beschwerden wegen Feststellung der Anwaltsgebühren.** Die C. P. O. regelt nicht sowohl das Verfahren behufs der Festsetzung der Kosten des Prozeßbevollmächtigten seinem Mandanten gegenüber, als vielmehr der Feststellung des Kostenbetrages zu Lasten des ersatzpflichtigen Gegners und behandelt dasselbe in den §§ 98 ff. als ein selbständiges. Ueber die durch ein solches Verfahren entstehenden Kosten ist zweifellos in Gemäßheit der in den

Digitized by Google

§§ 87 ff. der C. P. O. ausgesprochenen allgemeinen Grundsätze zu befinden. Erheben sich in diesem Verfahren Streitigkeiten, oder verfolgt die Partei, welcher ein Anspruch auf Kostenerstattung zusteht, und für dieselbe deren Anwalt, sofortige Beschwerde gegen den Festsetzungsbeschluß der 1. Instanz, so muß die dadurch veranlaßten Kosten (§ 30 Ziff. 3 der G. O. f. R. A.; § 99 der C. P. O.) die unterliegende Partei in derselben Weise tragen, wie sie dieselben unter ähnlichen Umständen im Prozeß über den Hauptgegenstand zu erstatten gehabt hätte. Eine Verurtheilung des Anwalts der beschwerdeführenden Partei kann dagegen nur auf Grund des § 97 der C. P. O. erfolgen, wenn die Voraussetzungen zur Anwendung dieser Vorschrift vorhanden sind. Beschluß des Reichsgerichts v. 20. März 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 53 S. 86.

18. **Wenn im Kostenfestsetzungsverfahren über die Kosten der Beschwerde-Instanz nicht oder nur unvollständig entschieden ist, steht dem Beschwerdeführer nur die sofortige Beschwerde zu.** Beschluß des Reichsgerichts v. 17. Okt. 1884. S. A. Bd. 12 bezw. 42 Nr. 75 S. 106.

19. Die Anwendung des § 4 des Gerichtskostengesetzes ist nicht auf diejenigen Fälle beschränkt, in welchen die Höhen angesetzter Gebühren oder die Nothwendigkeit angesetzter Auslagen den Gegenstand der Erinnerung bilden. Jene Gesetzesstelle bezieht sich vielmehr auf alle Fälle, in denen durch Erinnerung, eventuell im Beschwerdewege geltend gemacht wird, daß Kosten unter Verletzung von Normen des Gerichtskostengesetzes angesetzt seien; namentlich also auf diejenigen Fälle, in denen eine Verletzung von (sei es unmittelbar ausgesprochenen, sei es mittelbar durch Bezugnahme im § 92 einbegriffenen) Bestimmungen des sechsten und siebenten Abschnittes jenes Gesetzes gerügt wird. (Vereinigte Civilsenate. Beschl. v. 15. Febr. 1886.) R. C. XVI. (69.) 291 ff.

§ 100.

§ 100.

Sind die Prozeßkosten ganz oder theilweise nach Quoten vertheilt, so hat die Partei den Gegner vor Anbringung des Festsetzungsgesuches aufzufordern, die Berechnung seiner Kosten binnen einer einwöchigen Frist bei dem Gerichte einzureichen. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist erfolgt die Entscheidung ohne Rücksicht auf die Kosten des Gegners, unbeschadet des Rechts des letzteren, den Anspruch auf Erstattung nachträglich geltend zu machen. Der Gegner haftet für die Mehrkosten, welche durch das nachträgliche Verfahren entstehen.

§§ 640—650, 660, 661, 702 Nr. 1, 2, 5. § 706.

Sechster Titel.

Sicherheitsleistung. (§§ 101—105).

Kautionsmittel.

§ 101.

§ 101.

Die Bestellung einer prozessualischen Sicherheit ist, sofern nicht die Parteien ein Anderes vereinbart haben oder dieses Gesetz eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zuläßt, durch Hinterlegung in baarem Gelde oder in solchen Werthpapieren zu bewirken, welche nach richterlichem Ermessen eine genügende Deckung gewähren.

Digitized by Google

§§ 102 ff., 85, 647, 650, 652, 657, 688, 690, 803, 813. R. O. §§ 47, 60, 70, 134, 142, 155, 158.

1. **Die bei Gericht** (im Wechselprozeß) **eingezahlte Sicherheit dient dem Kläger als vertragsmäßiges Faustpfand zur abgesonderten Befriedigung.** (R. G. 5. XII. 84.) U. u. A. I. (168.) 295.

2. Darüber, **in welcher Weise die Feststellung zu erfolgen habe, daß die Nothwendigkeit einer civilprozessualischen Sicherheitsbestellung weggefallen sei und daher die Rückgabe der behufs der Sicherheitsleistung hinterlegten Werthe erfolgen könne,** hat die C. P. O. keine ausdrückliche Bestimmung. Hieraus kann aber nicht mit Grund gefolgert werden, daß dieselbe es habe überhaupt nicht zulassen wollen, in dem nämlichen Rechtsstreit, in welchem die prozessualische Sicherheitsstellung entstanden, auch den Wegfall dieser Verpflichtung zu konstatiren. Denn die Beurtheilung der Frage, ob die Voraussetzungen für die Nothwendigkeit der Sicherheitsbestellung hinweggefallen, ist in der großen Mehrzahl der Fälle eine so einfache, daß sich nicht denken läßt, der Gesetzgeber habe es gewollt, daß dieselbe im Mangel eines Uebereinkommens der Betheiligten stets durch einen besonderen neuen Rechtsstreit zum Austrag gebracht werde. Es läßt sich aber auch nicht etwa annehmen, daß die C. P. O. es den einzelnen Landesgesetzgebungen habe überlassen wollen, die Normen für die Verhandlung und Entscheidung jener Frage zu treffen, indem man damit einen Kreis wirklicher streitiger Rechtsangelegenheiten von der dem Deutschen Reich gemeinsamen Ordnung des Prozeßverfahrens ausgenommen haben würde, ohne daß eine gegründete Veranlassung hier als vorhanden anzuerkennen wäre. Auch scheint allenthalben die Landesgesetzgebung nicht der Ansicht gewesen zu sein, daß die C. P. O. es ihr überlassen habe, dieses Verfahren gesetzlich zu regeln. Hiernach kann man nur annehmen, daß die C. P. O. es als selbstverständlich angesehen hat, in dem Rechtsstreit, in welchem die prozessualische Kautionsverbindlichkeit entstanden, sei es auch festzustellen, wenn deren Voraussetzungen und damit die Nothwendigkeit des Fortbestehens der Sicherheitsleistung hinweggefallen sei. Ein sehr wichtiges Argument für diese Ansicht ergeben auch die Motive zum Entwurf der C. P. O. Denn in demselben ist für einen speziellen Fall des Wegfallens der Voraussetzung der Kautionspflichtigkeit, nämlich für den Fall, daß die Ausländerqualität des Klägers im Lauf des Prozesses aufhört, es als selbstverständlich anerkannt, daß der Kläger alsdann die Aufhebung der von ihm wegen der Prozeßkosten bestellten Sicherheit bei dem Prozeßgericht beantragen könne (vgl. Hahn, Materialien zur C. P. O. Bd. 1 S. 216; Bolgiano Handb. des R. C. P. Bd. 1 S. 202; Endemann deutscher C. P. Bd. 1 S. 429); irgend ein Grund aber, die anderen Fälle des Fortfallens einer prozessualischen Kautionsverbindlichkeit anders zu behandeln, ist gänzlich unersichtlich. **Ist die Sicherheitsleistung gegenstandslos geworden, so ist die den Wegfall der Kautionspflicht konstatirende Thätigkeit des Gerichts nicht nothwendig als eine „erkennende" zu betrachten, sondern als eine bloß verwaltende.** (Vgl. v. Wilmowsky Komm. zu § 101 Nr. 5 und zu § 119 Nr. 1.) Beschluß des O. L. G. zu Jena vom 19. Oktober 1881. Blätter f. Rechtspfl. in Thüringen ꝛc. Bd. 29 S. 246 ff. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 264 S. 339. 340.

Digitized by Google

Verpflichtung zur Sicherheitsleistung.

§ 102.

§ 102.

Ausländer, welche als Kläger auftreten, haben dem Beklagten auf dessen Verlangen wegen der Prozeßkosten Sicherheit zu leisten.

Diese Verpflichtung tritt nicht ein:

1. wenn nach den Gesetzen des Staates, welchem der Kläger angehört, ein Deutscher in gleichem Falle zur Sicherheitsleistung nicht verpflichtet ist;
2. im Urkunden- und Wechselprozesse;
3. bei Widerklagen;
4. bei Klagen, welche in Folge einer öffentlichen Aufforderung angestellt werden;
5. bei Klagen aus Ansprüchen, welche in das Grund- oder Hypothekenbuch einer deutschen Behörde eingetragen sind.

§ 107 Nr. 2. R. V. Art. 3. Ger. K. G. § 85.

1. **Die Verpflichtung ausländischer Kläger zur Sicherheitsleistung (§ 102 der C. P. O.) wird nicht schon durch Aufenthalt des Klägers im Auslande begründet.** Es ergibt sich dieses nicht nur mit Sicherheit aus den Motiven zum § 102 ff. der C. P. O., sondern wird auch durch den Wortlaut des Gesetzestextes (§ 102 Abs. 1 Nr. 1, § 103) außer allen Zweifel gestellt. Urtheil des O. L. G. zu Celle vom 5. Nov. 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 149 S. 215 f.

2. **Der ausländische Kläger hat (nach § 102 der R. C. P. O.) nur für diejenigen Kosten der Instanz Sicherheit zu leisten, welche von ihm noch nicht gedeckt sind. Die Nachforderung einer Sicherheitsleistung für die Kosten der früheren Instanz kann in der höheren Instanz nicht erhoben werden.** (§§ 100 Abs. 3. 490. 529.) (R. G. 12. I. 84.) A. IX. (75.) 348.

3. **Daß § 102 der C. P. O. des Nebenintervenienten nicht ausdrücklich Erwähnung thut, ist nicht entscheidend. Daß der Beklagte von einem Ausländer, welcher als Nebenintervenient des Klägers auftritt, Sicherheit verlangen kann, ergibt sich schon daraus, daß nach den §§ 95 und 96 der C. P. O. auch der Nebenintervenient dem Gegner für die Kosten haftet.** Nach den Motiven wurde eine ausdrückliche Bestimmung des Inhalts, daß die Kautionspflicht des § 102 auch dem Ausländer obliege, welcher dem Prozesse als Nebenintervenient beitritt (welche Art. 166 des code de proc., § 54 der hannoverschen, § 178 der badischen und Art. 156 der württemberg. P. O. enthalten), wie in dem hannoverschen Entwurf (§ 78) für überflüssig erachtet, da der Nebenintervenient dem Beklagten für die Nebenintervention verursachten Kosten hafte, im Fall des § 66 der C. P. O. sogar als Streitgenosse gegenüberstehe (Motive S. 121, Prot. S. 38). Aus den angegebenen Gründen nimmt auch die Mehrzahl der Kommentatoren der C. P. O. die Kautionspflicht des ausländischen Nebenintervenienten an. (Wilmowsky-Levy 2. Aufl. Bem. 2 zu § 102; Petersen 2. Aufl. Bem. 3 zu §§ 102 und 103; Struckmann u. Koch 2. Aufl. Bem. 1 zu § 102; v. Sarwey Bem. 3 zu § 102; Seuffert 2. Aufl. Bem. 2 zu § 102; Gaupp Bd. 1 Bem. 1 zu § 102.) Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe vom 31. Januar 1885. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 246 S. 357. 358.

§ 103.

§ 103.

Der Beklagte kann auch dann Sicherheitsleistung verlangen, wenn im Laufe des Rechtsstreits der Kläger die Eigenschaft eines Deutschen verliert oder die Voraussetzung, unter welcher der Ausländer von der Sicherheitsleistung befreit war, wegfällt und nicht ein zur Deckung ausreichender Theil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist.

Digitized by Google

Bezüglich eines Ehemannes sind bei einem seitens seiner Ehefrau gegen ihn geführten Prozesse die vorzuschießenden Beträge immer nur so abzumessen, daß sie für eine gewisse nach billigem Ermessen abzugrenzende Zeit ausreichen, nach deren Verlauf dann nöthigenfalls ein fernerer Vorschuß zu geben ist. Beschl. des R. G. vom 8. Oktober 1881.

Bestimmung der Höhe.

§ 104. **§ 104.**

Die Höhe der zu leistenden Sicherheit wird von dem Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt.

Bei der Festsetzung ist derjenige Betrag der Prozeßkosten zu Grunde zu legen, welche der Beklagte wahrscheinlich aufzuwenden haben wird. Die dem Beklagten durch eine Widerklage erwachsenden Kosten sind hierbei nicht zu berücksichtigen.

Ergibt sich im Laufe des Rechtsstreits, daß die geleistete Sicherheit nicht hinreicht, so kann der Beklagte die Leistung einer weiteren Sicherheit verlangen, sofern nicht ein zur Deckung ausreichender Theil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist.

§ 247 Abs. 3.

1. Allerdings werden die Prozeßkosten für die einzelnen Instanzen gesondert berechnet. Aber die Sicherheit wird nicht für die einzelne Instanz gefordert. **Nach § 104 Abs. 2 ist bei Festsetzung der Höhe der zu leistenden Sicherheit derjenige Betrag der Prozeßkosten zu Grunde zu legen, welchen der Beklagte wahrscheinlich aufzuwenden haben wird, — es ist also hierbei nicht bloß die 1. Instanz, sondern es sind auch die möglichen späteren Instanzen in Rücksicht zu ziehen, und zwar gleichgültig, ob das Rechtsmittel vom Kläger oder vom Beklagten eingelegt werden wird.** Denn, wenn der Beklagte ein Rechtsmittel einlegt, hat er, solange Kläger die erhobene Klage aufrecht hält, Anspruch darauf, daß ihm dieser Sicherheit für die dem Beklagten erwachsenden Kosten leistet. Und ebenso ist es im Abs. 3 des § 104 nicht der Abschnitt einer Instanz, an welchen sich das Recht des Beklagten, Erhöhung der Sicherheit zu fordern, anlehnt. Vielmehr kann diese Erhöhung im Lauf des Rechtsstreits, also auch im Lauf jeder Instanz, für die durch die früher geleistete Sicherheit nicht gedeckten Kosten gefordert werden. Gegen diese Auffassung läßt sich auch nicht die Bestimmung des § 105 geltend machen. Danach ist, wenn die Sicherheit innerhalb der Frist und bis zur Entscheidung nicht gehindert ist, die Klage für zurückgenommen zu erklären, oder, wenn über ein Rechtsmittel des Klägers zu verhandeln ist, dasselbe zu verwerfen. Ist über ein Rechtsmittel des Beklagten zu verhandeln, so tritt der Rechtsnachtheil ein, daß die Klage für zurückgenommen erklärt wird. Kann nun aber vom Beklagten Erhöhung der Sicherheit in jedem Stadium des Prozesses gefordert werden, so **ist die zu leistende Erhöhung nicht zu beschränken auf diejenigen Kosten, welche von dem Zeitpunkt ab entstehen, wo die Erhöhung gefordert wird.** Nur für die beim Beginn des Rechtsstreits geforderte Sicherheit (§ 104 Abs. 2) ist als Grundsatz ausgesprochen, es sei der Betrag der Prozeßkosten zu Grunde zu legen, welchen der Beklagte wahrscheinlich aufzuwenden haben wird — ein für den Beginn ganz sachgemäßer Ausdruck. **Ergibt sich aber im Lauf des Rechtsstreits (§ 104 Abs. 3), daß die geleistete Sicherheit nicht hinreicht, so kann der Beklagte die Leistung einer weiteren Sicherheit verlangen.** Jenes Ergebniß kann festgestellt werden sofort, nachdem so viel Kosten aufgelaufen sind, wie Sicherheit der Summe nach bestellt ist. Es kann auch in dem ganzen ferneren Verlauf des Rechtsstreites festge-

Digitized by Google

stellt werden. **Die weitere Sicherheit ist aber nach den Gesetzesworten in diesem Fall nicht beschränkt auf die Deckung für die nun noch entstehenden Kosten, sie ist folgeweise zu leisten für die durch die bisher geleistete Sicherheit nicht gedeckten Kosten, dieselben mögen bereits entstanden sein oder noch entstehen.** Auch aus § 490 läßt sich eine derartige Beschränkung nicht ableiten. Danach dürfen prozeßhindernde Einreden, auf welche die Partei verzichten darf, in der Ber.-Instanz nur geltend gemacht werden, wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen ist, dieselben in der 1. Instanz vorzubringen. Das bezieht sich indessen allein auf den Fall, daß in 1. Instanz eine solche Einrede, also z. B. auch die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung für die Kosten, nicht vorgeschützt ist; es bezieht sich nicht auf den Fall, daß die Einrede vorgeschützt ist, die vom Gericht 1. Instanz arbitrirte, vom Kläger geleistete Sicherheit aber, wie sich demnächst herausstellt, für die Deckung der Kosten nicht ausreicht. Urtheil des Reichsgerichts vom 11. April 1885. Bl. f. R. A. 1885 beſ. Beil. 5 S. 267 ff. und S. A. XLI. bezw. XI. (63.) 97. 98.

2. **Berechnung des Kostenvorschusses in der Berufungsinstanz.** Nach § 1 des G. K. G. vom 18. Juni 1878 sollen die Gebühren und Auslagen der Gerichte „nach Maßgabe dieses Gesetzes" erhoben werden. Indem das Gesetz das Verhältniß der Parteien zur Staatskasse regelt, läßt es die Verbindlichkeit der streitenden Theile zur Kostenzahlung unabhängig davon eintreten, ob das ergangene Urtheil bereits die Rechtskraft beschritten hat oder nicht, und knüpft es die Erhebung der in § 46 Abs. 1 festgesetzten Gebühr bei Zurücknahme einer Klage, eines Antrags oder eines Rechtsmittels nicht an die sonst nach der C. P. O. (§ 476) erforderlichen formellen Voraussetzungen dieses Aktes. Auch sieht das Gesetz in § 81 Abs. 3 ausdrücklich den Fall vor, daß (nach Einlegung eines Rechtsmittels) eine Erweiterung der ursprünglichen Anträge stattfindet, und ordnet alsdann eine Nachforderung des Kostenvorschusses an. Daraus folgt, daß der zu erhebende Kostenvorschuß zunächst nach den von der betreibenden Partei in den vorbereitenden Schriftsätzen gestellten Anträgen zu bemessen ist. Unterläßt es der Ber.-Kläger, vor der mündlichen Verhandlung bestimmte Beschwerdepunkte zu bezeichnen, so muß der Kostenvorschuß nach Maßgabe des Streitobjekts, über welches in 1. Instanz zu seinen Ungunsten erkannt wurde, eingefordert werden. Begrenzt er aber die Beschwerde, so ist der Streitgegenstand auch nur nach Höhe dieser Anträge für die Gerichtskosten in der Instanz erwachsen. Und erweitert er demnächst, sei es durch Einreichung eines vorbereitenden Schriftsatzes, sei es in der mündlichen Verhandlung, seine ursprünglichen Anträge, so tritt eine Nacherhebung des dadurch bedingten Kostenvorschusses ein. Beschluß des Reichsgerichts vom 16. Februar 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 52 S. 84 f.

Frist zur Sicherheitsleistung.

§ 105.

§ 105.

Das Gericht hat dem Kläger bei Anordnung der Sicherheitsleistung eine Frist zu bestimmen, binnen welcher die Sicherheit zu leisten sei. Nach Ablauf der Frist ist auf Antrag des Beklagten, wenn die Sicherheit bis zur Entscheidung nicht geleistet ist, die Klage für zurückgenommen zu erklären oder, wenn über ein Rechtsmittel des Klägers zu verhandeln ist, dasselbe zu verwerfen.

Digitized by Google

Siebenter Titel.

Armenrecht. (§§ 106—118).

§ 106. **§ 106.**

Wer außer Stande ist, ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie nothwendigen Unterhalts die Kosten des Prozesses zu bestreiten, hat auf Bewilligung des Armenrechts Anspruch, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nicht muthwillig oder aussichtslos erscheint.

Ausländer haben auf das Armenrecht nur insoweit Anspruch, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

1. **Die Bewilligung des Armenrechtes für eine Instanz findet nach Erledigung derselben nicht mehr statt.** Wenngleich die Civilprozeßordnung hinsichtlich der Zeit, zu welcher ein Gesuch um Bewilligung des Armenrechts einzubringen ist, eine ausdrückliche Einschränkung nicht enthält, so ergibt sich doch aus dem Zwecke eines solchen Gesuchs, wie aus den Worten des § 106 Abs. 1 C. P. O., daß dasselbe der Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung, zu deren Durchführung das Armenrecht in Anspruch genommen wird, voranzugehen hat. Nur wenn dies geschieht, ist die Vorprüfung möglich, ob die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nicht muthwillig oder aussichtslos erscheint, von deren Ergebniß die Gewährung oder Versagung des Armenrechts abhängt. Der Zweck der Anordnung dieser Vorprüfung, von der Gegenpartei die Nachtheile abzuwenden, welche ihr aus muthwilliger oder doch aussichtsloser Geltendmachung von Rechtsbehelfen seitens der armen Partei erwachsen könnten, würde vereitelt werden, wenn letztere im Stande wäre, hinterher das Armenrecht zu erlangen, nachdem sie die Gegenpartei bereits zu prozessualer Verhandlung genöthigt hat. Daß nach § 107 Nr. 1 Civilprozeßordnung die Partei durch die Bewilligung des Armenrechtes nicht allein von künftig erwachsenden, sondern auch von rückständigen Gerichtskosten befreit wird, nöthigt nicht zu der Annahme, daß das Armenrecht auch in Beziehung auf bereits stattgehabte Prozeßhandlungen in Anspruch genommen werden könne; denn § 107 regelt nur die Wirkungen des bewilligten Armenrechtes, nicht die Voraussetzungen der Bewilligung desselben. (R. G. 27. VII. 80) R. C. II. (102.) 378. 379 A. II. (80.) 372. 373.

2. **Das Armenrecht darf nur bei zweifelloser Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung versagt werden.** (R. G. 4. III. 85.) U. u. A. I. (280.) 458.

3. **Abs. 1.** Wenn § 106 Abs. 1 C. P. O. die Bewilligung des Armenrechts unter der Voraussetzung ausschließt, daß **die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung muthwillig oder aussichtslos** erscheine, so darf dies doch **nur von solchen Fällen verstanden** werden, **wo die Haltlosigkeit des von dem Nachsuchenden eingenommenen Rechtsstandpunktes von vorn herein ganz auf der Hand liegt.** Sonst würde man, da praktisch mit der Versagung des Armenrechtes häufig zugleich der armen Partei die betreffende Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung völlig abgeschnitten ist, dahin gelangen, für solche Fälle statt der prozeßordnungsmäßigen Verhandlung und Entscheidung der Sache eine höchst summarische Aburtheilung ohne ausreichendes Gehör der armen Partei einzuführen. Zu einem solchen Verfahren gibt aber jene Gesetzbestimmung

Digitized by Google

keine Veranlassung. Das Wort „**aussichtslos**" könnte dem bloßen Wortsinne zufolge an sich freilich vielleicht auf jede Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung bezogen werden, die dem prüfenden Gerichte unbegründet erscheint; aber die Zusammenstellung „**muthwillig oder aussichtslos**" gibt genügend zu erkennen, daß ein höherer Grad von Grundlosigkeit gemeint ist, und daß nur nicht gerade darauf hat Gewicht gelegt werden sollen, daß der Nachsuchende sich der Schwäche seiner rechtlichen Stellung selbst bewußt sein müsse. (R. G. 6. IV. 81.) R. C. IV. (119.) 416. 417. A. III. (176.) 627—629.

4. Die Civilprozeßordnung überträgt in § 106 die Vorprüfung, ob die von einer armen Partei beabsichtigte Rechtsverfolgung muthwillig oder aussichtslos sei, dem zuständigen Gerichte. Damit ist zugleich ausgesprochen, **daß dem gerichtsseitig der armen Partei bestellten Offizialanwalte nicht die Befugniß zusteht, seinerseits die Vertretung der Partei wegen Aussichtslosigkeit der Sache abzulehnen.** Ein Anwalt könnte sich sonst jeder Vertretung in Armensachen unter dem Vorwande entziehen, daß er die ihm überwiesene Sache für muthwillig oder aussichtslos halte, und es würde, wenn alle bei einem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwälte die Uebernahme ablehnten, die Partei im Anwaltsprozesse schließlich rechtslos werden. (Ob sich der Beschwerdeführer durch fortgesetzte Weigerung der Uebernahme der Prozeßvertretung des Klägers disziplinär verantwortlich macht, s. Entsch. des Ehrengerichtshofes für deutsche Rechtsanwälte zu Leipzig (Berlin 1885) S. 116. 197, und über die Frage der civilrechtlichen Verantwortlichkeit des Anwaltes bei etwaigen durch Versäumnisse ꝛc. für die Partei entstandenen Nachtheile s. das Reskript des Königl. preußischen Justizministers vom 1. Mai 1880 bei Gruchot (Rassow-Künzel), Beiträge ꝛc. Bd. 24 S. 772 und den Beschluß des Reichsgerichtes III. Civilsenates vom 25. März 1884, a. a. O. Bd. 28 S. 1134). (R. G. 26. VI. 85.) R. C. XV. (88) 341. 342. U. u. A. III. (48.) 122. 123. S. A. XLI. bezw. XI. (141.) 217.

5. **Der Konkursverwalter hat keinen Anspruch auf Ertheilung des Armenrechts für Anfechtungsklagen.** Beschluß des O. L. G. zu Kiel v. 28. Novbr. 1882. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 54 S. 86.

6. **Die Versagung des Armenrechts ist ein für die arme Partei unabwendbarer Zufall. Dieselbe braucht daher mit dem Gesuch um Armenrechtsbewilligung in der Berufungsinstanz nicht die Einlegung des Rechtsmittels vorsorglicher Weise zu verbinden.** (R. G. 26. IX. 84.) U. u. A. I. (59.) 109 ff.

§ 107.

§ 107.

Durch die Bewilligung des Armenrechts erlangt die Partei:

1. die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der rückständigen und künftig erwachsenden Gerichtskosten, einschließlich der Gebühren der Beamten, der den Zeugen und den Sachverständigen zu gewährenden Vergütung und der sonstigen baaren Auslagen, sowie der Stempelsteuer;
2. die Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten;
3. das Recht, daß ihr zur vorläufig unentgeltlichen Bewirkung von Zustellungen und von Vollstreckungshandlungen ein Gerichtsvollzieher und, insoweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte ein Rechtsanwalt beigeordnet werde.

§§ 111, 115 Nr. 3. R. A. O. §§ 34—37.

Digitized by Google

1. **Abs. 1. Der § 107 regelt nur die Wirkungen des bewilligten Armenrechtes nicht die Voraussetzungen der Bewilligung desselben.** R. G. 27. VII. 80.) R. C. II. (102) 379. A. II. (80.) 373.

2. **Das Bundesgesetz über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870 (B. G. Bl. S. 360) bestimmt nicht, daß nicht die Gemeinden, sondern die Ortsarmenverbände Träger der Armenlast sind.** Die Motive des Gesetzes gehen davon aus, daß in dem überwiegend größten Theile Deutschlands die Gemeinde die Trägerin der Armenlast gewesen ist. Die Differenz, welche namentlich in der Reichstagskommission zum Austrag kam, ging nur dahin, ob diejenige Gemeinde, in welcher der Hilfsbedürftige seine wirthschaftliche Thätigkeit entfaltet hat, oder diejenige, welcher er politisch angehört, für unterstützungspflichtig erachtet werden sollte. Nirgends ist aber die Ansicht ausgesprochen, der Gemeinde die Armenlast grundsätzlich abzunehmen und sie einem anderen politischen Verbande aufzuerlegen. Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht auch der Umstand, daß das Bundesgesetz nicht die ganze öffentliche Armenpflege, sondern nur einen Theil derselben regeln will, nämlich das Recht des Verarmten auf Unterstützung an demjenigen Orte, welchen das Gesetz als Wohnsitz ansieht. (R. G. 20. IX. 81.) R. C. V. (97.) 363.

3. **Ziff. 1. Der Beklagte ist zum Kostenvorschusse verpflichtet, wenn er in der höheren Instanz als Antragsteller — Berufungs- oder Revisionskläger — auftritt.** Die in § 107 C. P. O. der armen Partei gewährte einstweilige Befreiung von der Berichtigung der Gerichtskosten kommt nach § 111 C. P. O. dem Gegner unter der Voraussetzung zu statten, daß die arme Partei als *Klägerin* in der ersten oder der höheren Instanz aufgetreten ist. Daraus folgt, daß der Gegner diese Vergünstigung nur zu dem Zwecke seiner *Rechtsvertheidigung* gegen die Angriffe der armen Partei, nicht aber auch dann genießt, wenn er selber Kläger und Berufungskläger oder Revisionskläger ist. (R. G. 13. II. und 2. V. 82.) R. C. VI. (131.) 420.

4. Die in § 81 des Reichs-Gerichtskostengesetzes festgesetzte Vorschußpflicht schließt nicht eine *subsidiäre*, sondern eine von der richterlichen Entscheidung im Kostenpunkte *unabhängige* Verpflichtung zur Kostenzahlung in sich. Schuldner der entstandenen Gebühren und Auslagen ist derjenige, welchem durch gerichtliche Entscheidung die Kosten des Verfahrens auferlegt sind oder welcher dieselben durch eine vor dem Gericht abgegebene oder demselben mitgetheilte Erklärung übernommen hat (§ 86 a. a. O.). Bis eine solche Thatsache eingetreten ist — in Ermangelung eines andern Schuldners, § 86 — ist derjenige, welcher das Verfahren der Instanz beantragt hat, Schuldner der entstandenen Gebühren und Auslagen, § 89. Die Kostenschuld wird fällig: a) sobald das Verfahren oder die Instanz durch unbedingte Entscheidung über die Kosten, durch Vergleich oder Zurücknahme oder anderweite Erledigung beendigt ist, § 93, b) mit Ablauf je eines Jahres seit Bestimmung des ersten Termines oder Stellung des Antrags, soferne nicht bis dahin die Fälligkeitsvoraussetzung unter a eingetreten ist, § 94 Ziff. 1. In dem einen wie in dem anderen Fall (a und b) tritt aber eine Modifikation dahin ein, 1) daß der Antragsteller einen *Gebührenvorschuß* für jede Instanz zu zahlen hat, § 81, 2) daß die Verpflichtung zur Zahlung des vorzuschießenden

Digitized by Google

Betrages bestehen bleibt, wenn auch die Kosten des Verfahrens einem Andern auferlegt oder von einem Andern übernommen sind, § 90. Hieraus folgt, daß der Antragsteller für die entstandenen Kosten mindestens bis zum Betrag des noch nicht berichtigten Gebührenvorschusses Schuldner der Staatskasse ist, auch wenn die Kosten des Verfahrens einem Andern auferlegt oder von einem Andern übernommen sind. Tritt diese Voraussetzung ein, so hat die Staatskasse zwei Schuldner: Den Antragsteller bis zum Betrage des Gebührenvorschusses, denjenigen, dem die Kosten auferlegt oder von dem sie übernommen sind, für den Gesammtbetrag der Kosten, soweit sie noch nicht bezahlt sind. Bayr. Instruktion zum Vollzuge des Reichs-Gerichtskostengesetzes und des Gesetzes über das Gebührenwesen vom 21. September 1879 § 23 (Just.-Min.-Bl. 1879 S. 1328). Ist der Gebührenvorschuß von dem Antragsteller bereits berichtigt, so findet in dem gedachten Falle, soweit Kosten entstanden sind, eine Rückzahlung desselben nicht statt, denn der Antragsteller hat mit dessen Berichtigung eine ihm obliegende Verpflichtung zur Zahlung jener Kosten erfüllt. **Die einem Antragsteller gesetzlich auferlegte Verpflichtung zur Zahlung der Gebühren auf den Betrag des ihm obliegenden Vorschusses oder auf den vor Beendigung der Instanz fällig gewordenen Betrag erlischt aber durch Verurtheilung der zum Armenrechte zugelassenen Gegenpartei mit der Wirksamkeit einer Zurückzahlung des bereits gezahlten Kostenbetrages einschließlich des geleisteten Vorschusses.** Das Reichs-Gerichtskostengesetz regelt die Kostenvorschuß- und Zahlungspflicht nur für gebührenpflichtige Parteien. Für Parteien, welche von einer Gebührenzahlung befreit sind, bedarf es keiner Regelung der Kostenvorschuß- und Zahlungspflicht. Da nun in einem Rechtsstreite die eine Partei von der Gebührenzahlung befreit sein kann, während die andere Partei gebührenpflichtig ist, da ferner das Reichs-Gerichtskostengesetz das Reich in dem Verfahren vor den Landesgerichten und die Bundesstaaten in dem Verfahren vor dem Reichsgerichte von Zahlung der Gebühren befreit und weiter erklärt, daß die landesgesetzlichen Vorschriften, welche für gewisse Rechtssachen oder gewisse Personen in dem Verfahren vor den Landesgerichten Gebührenfreiheit gewähren, durch das Reichsgerichtskostengesetz nicht berührt werden, so lag es nahe, in demselben eine Bestimmung für den Fall zu treffen, daß in einem Rechtsstreite der vorbezeichneten Art der die Gebührenfreiheit genießenden Partei die Kosten des Verfahrens auferlegt wurden. Diese Bestimmung wurde in § 98 Abs. 4 des Reichs-Gerichtskostengesetzes dahin getroffen, daß, soweit demjenigen, welchem die Gebührenfreiheit zusteht, Kosten des Verfahrens auferlegt werden (§ 86), Gebühren überhaupt nicht zu erheben und erhobene zurückzuzahlen sind. Wie die Motive zum Entwurfe des Reichsgerichtskostengesetzes (Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, 3. Legislaturperiode 1878 Bd. III S. 611) ergeben, beruht dieselbe auf der Erwägung, daß, wenn die Kosten einer von der Gebührenzahlung befreiten Partei zur Last gelegt worden, die Gegenpartei, welche vorschußweise oder auf Grund einer später geänderten Entscheidung Gebühren bezahlt hat, wegen Erstattung derselben nicht an die befreite Partei gewiesen werden darf, weil dieser so die Gebührenfreiheit mittelbar entzogen würde, daß aber andererseits

Digitized by Google

die Befreiung der einen Partei keine Benachtheiligung der anderen Partei herbeiführen darf. Sie hat daher nicht bloß den Fall des § 87 Abs. 1 des Reichsgerichtskostengesetzes, sondern auch den Fall, daß die Gegenpartei vorschußweise oder gemäß § 94 Ziff. 1 Kosten bezahlt hat, zum Gegenstande. Jene Erwägung hat aber offenbar einerseits den aus der Gebührenfreiheit sich als rechtliche Folge ergebenden Satz, daß eine von Gebühren befreite Partei auch nicht unter der Form eines an den Gegner zu leistenden Ersatzes zur Bezahlung von Gebühren angehalten werden darf, andererseits den allgemeinen Rechtssatz zur Grundlage, daß Niemand sich mit dem Schaden eines Andern bereichern darf, da bei der Zurückbehaltung der von dem Gegner der gebührenfreien Partei geleisteten Zahlung im Falle der Verurtheilung der letzteren zur Kostenzahlung die Staatskasse Gebühren beziehen würde, die ihr in Folge der Gebührenfreiheit des Verurtheilten nicht zustehen und dies zum Nachtheile des Zahlenden geschehen würde, der von der gebührenfreien Gegenpartei keinen Ersatz fordern kann. Durch die in § 98 Ziff. 4 getroffene Bestimmung ist somit anerkannt, daß die vorbezeichneten Rechtssätze auch dem § 87 Abs. 2 gegenüber zur Anwendung kommen, und ausgesprochen, daß deren Wirksamkeit nicht durch die im § 87 Abs. 2 enthaltene Anordnung beseitigt werden soll, daß vielmehr letztere Anordnung, auch wenn man sie über ihren Wortlaut hinaus auf weitere Fälle außer dem in § 87 Abs. 1 bezeichneten Fall beziehen will, im einschränkenden Sinne dahin zu verstehen ist, daß die Staatskasse gezahlte Gebühren nur dann nicht zurückzahlt, wenn die Partei, welche dieselben gezahlt hat, von jener Partei, welcher schließlich durch gerichtliche Entscheidung die Kosten des Verfahrens auferlegt sind, Erstattung derselben zu fordern berechtigt ist. Hieraus folgt aber, daß die Anwendung des § 87 Abs. 2 nicht bloß in den durch § 98 des Reichs-Gerichtskostengesetzes bezeichneten Fällen der Gebührenfreiheit, sondern auch im Falle, in welchem kraft einer sonstigen reichsgesetzlichen Bestimmung einer Partei die Gebührenfreiheit zusteht, als ausgeschlossen erachtet werden muß. Zu demselben Ergebnisse gelangt man, wenn man die im § 98 Ziff. 4 enthaltene Bestimmung als eine Ausnahme von der Regel des § 87 Abs. 2 auffaßt. Denn da diese Ausnahmsbestimmung, wie vorerörtert, darauf beruht, daß rechtsgrundsätzlich die von den Gebühren befreite Partei von dem Prozeßgegner, welcher Gebühren entrichtet hat, wegen Ersatzes derselben nicht in Anspruch genommen werden kann, andererseits letztere durch Entziehung des Rückforderungsrechtes nicht benachtheiligt werden darf, so sind die Voraussetzungen der Ausnahme auch dann gegeben, wenn eine zwar nicht auf Grund des Reichs-Gerichtskostengesetzes, wohl aber auf Grund eines sonstigen Reichsgesetzes von den Gebühren befreite Person in die Kosten des Verfahrens verurtheilt wurde. Hiermit stimmt überdies der Wortlaut des § 98 Abs. 4 überein, welcher nicht von den vorher erwähnten, von Gebühren befreiten Personen und Rechtssachen, sondern überhaupt von demjenigen spricht, welchem die Gebührenfreiheit zusteht. Eine die Gebührenfreiheit betreffende reichsgesetzliche Bestimmung enthält nun auch der § 107 der Reichs-Civilprozeßordnung, nach welchem durch die Bewilligung des Armenrechts eine Partei die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der rückständigen und künftig erwachsenden Gerichtskosten

Digitized by Google

erlangt. Daß die der armen Partei bewilligte Befreiung nur eine einstweilige ist (§ 116 der Reichs-Civilprozeßordnung) ist für die hier vorliegende Frage ohne maßgebende Bedeutung. (B. O. L. 20. XII. 84.) S. X. (236.) 628—634.

5. **Das Armenrecht befreit nicht von Vorauszahlung der Verpflegungskosten bei beantragter Haft zur Zwangsvollstreckung.** Beschluß des O. L. G. zu Kassel vom 18. Juli 1883. Heuser Annalen Bd. 28 S. 187 ff. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 165 S. 246. S. hierüber bei § 792 eodem.

6. **Ziff. 3.** Der von Amtswegen bestellte Armenanwalt kann für die ihm bei Abschriften und Auszügen aus den Akten erwachsenden Schreibgebühren aus der Staatskasse Ersatz verlangen. Sind Abschriften in größerem Umfange erforderlich, so muß er, um sich den fraglichen Anspruch auf Vergütung zu sichern, den Sachverhalt dem Gerichte vortragen und im Ablehnungsfalle Beschwerde führen. Entsch. des R. G. vom 16. Mai 1882. S. § 271 ad R. C. VII. (103.) 341. 342. A. V. (140.) 536—538.

7. Die ohne Antrag der (nur das Armenrecht nachsuchenden) Partei erfolgte Bestellung eines Anwalts als Armenanwalt begründet sofortige Beschwerde des Letzteren. Entsch. des R. G. vom 22. Februar 1882.

8. **Nach § 86 der R. Anw. O. steht gegen die Verfügung, durch welche der Partei ein Anwalt beigeordnet wird, auch dem beigeordneten Rechtsanwalt die Beschwerde nach Maßgabe der R. C. P. O. zu.** Form und Inhalt der Beschwerdeschrift steht der Annahme, daß sie von dem Anwalt in eigenem Namen eingereicht werde, nicht entgegen, und diese Annahme rechtfertigt sich dadurch, daß einerseits die Partei kein Interesse hat, sich der Beiordnung eines Anwaltes zu widersetzen, andererseits aber Letzterer ein Interesse hat, die Aufhebung dieser Verfügung zu erwirken, weil er als beigeordneter Anwalt zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung der Rechte der Partei (§ 107 Nr. 3 der R. C. P. O.) verpflichtet ist und die Partei durch die gerichtsseitige Beiordnung eines Anwalts in die Lage versetzt wird, unter Zurücknahme ihrer, die Verpflichtung zur Gebührenzahlung nach sich ziehenden, Vollmacht sich der unentgeltlichen Dienste des beigeordneten Anwalts bedienen zu können. (R. G. 22. IV. 82.) A. V. (113.) 457.

9. **Auch der der armen Partei von Amtswegen beigeordnete Rechtsanwalt haftet dieser für omnis culpa** (R. Anw. O. §§ 28. 34). Für die rechtliche Stellung, den Umfang seiner Verpflichtungen und die Haftbarkeit für Versehen bei Führung des Prozesses ist es einflußlos, ob der Anwalt durch die Partei bevollmächtigt ist und für seine Mühewaltung honorirt wird, oder ob er durch die gesetzlich dazu berufenen Organe einer Partei, welcher das Armenrecht bewilligt worden, zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte beigeordnet ist und in Folge der aus seiner Zulassung als Anwalt abfließenden Verpflichtung auf Grund dieser Beiordnung als Anwalt der Partei fungirt. In beiden Fällen ist er in ganz gleicher Weise der Vertreter der Prozeßpartei und als solcher verpflichtet, die Rechte seiner Partei gewissenhaft wahrzunehmen, alle Prozeßhandlungen mit möglichster Sorgfalt vorzunehmen, und für den durch seine Nachlässigkeit und die Versäumung seiner Verpflichtungen entstehenden Schaden verantwortlich. (R. G. 20. IV. 83.) A. VIII. (20.) 87. 88.

Digitized by Google

§ 108. **§ 108.**

Die Bewilligung des Armenrechts hat auf die Verpflichtung zur Erstattung der dem Gegner erwachsenden Kosten keinen Einfluß.

§ 109. **§ 109.**

Das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts ist bei dem Prozeßgericht anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Dem Gesuch ist ein von der obrigkeitlichen Behörde der Partei ausgestelltes Zeugniß beizufügen, in welchem unter Angabe des Standes oder Gewerbes, der Vermögens- und Familienverhältnisse der Partei sowie des Betrags der von dieser zu entrichtenden direkten Staatssteuern das Unvermögen zur Bestreitung der Prozeßkosten ausdrücklich bezeugt wird. Für Personen, welche unter Vormundschaft oder Kuratel stehen, kann das Zeugniß auch von der vormundschaftlichen Behörde ausgestellt werden.

In dem Gesuche ist das Streitverhältniß unter Angabe der Beweismittel darzulegen.

1. **Abs. 1. Der Prozeßbevollmächtigte hat keinen Anspruch auf die Gebühr für Nachsuchung des Armenrechtes.** (§§ 23 Ziff. 1, 29 der Geb.-O.) (R. G. 28. XI. 84.) U. u. A. I. (131.) 207.

2. **Abs. 3. Die Vorschrift** des § 109 Abs. 3 C. P. O., **daß in dem Gesuche um Bewilligung des Armenrechts das Streitverhältniß darzulegen sei,** verfolgt nur den Zweck, dem Prozeßrichter das zur sachlichen Prüfung des Gesuchs etwa noch benöthigte Material zu verschaffen; wird das Armenrecht für einen anhängigen Rechtsstreit nachgesucht, so muß das dem Prozeßrichter in den (nöthigenfalls einzuziehenden) Akten bereits von Amts wegen zu Gebote stehende Material ohne weiteres berücksichtigt werden. Aus der angezogenen Vorschrift kann nicht gefolgert werden, daß in einem Gesuche um Bewilligung des Armenrechts behufs Einlegung einer Berufung eine Bezeichnung und Begründung der aufzustellenden Beschwerden enthalten sein müsse; es ist vielmehr, wenn es an dieser Bezeichnung fehlt, davon auszugehen, daß die nachsuchende Partei das betreffende Urtheil, soweit dasselbe ihr ungünstig ist, in seinem ganzem Umfange anzufechten beabsichtige, und es ist nach Maßgabe des derzeitigen Sach- und Streitstandes zu prüfen, ob diese Berufung überall als muthwillig oder aussichtslos erscheine. Wenn in dem Gesuche weitere Beweismittel nicht angegeben sind, so folgt hieraus nur, daß bei der sachlichen Prüfung des Gesuches auf die Möglichkeit, daß die Berufung sich auf neue Beweise stützen könne, keine Rücksicht zu nehmen ist. (R. G. 25. III. 81.) R. C. IV. (97.) 357. 358.

3. **Durch die Vorschrift des § 109 Abs. 3 soll dem Gericht die sachliche Vorprüfung ermöglicht werden, welche ihm nach § 106 nach der Richtung obliegt, ob die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung muthwillig oder aussichtslos erscheint oder nicht.** Das Gesetz geht hiernach offenbar davon aus, daß die Thatsachen, aus welchen der Gesuchsteller den von ihm im Prozeß zu verfolgenden Anspruch herleitet, von diesem selbst dem Gericht zum Zweck der Vorprüfung angezeigt werden. Ist es nun auch nicht ausgeschlossen, und selbst nach Befinden geboten, daß das Gericht, wenn diese Anzeige unvollständig oder sonst mangelhaft ist, eine Befragung des Gesuchstellers anordnet, um sich von diesem Aufklärung über das Streitverhältniß zu verschaffen, so würde es doch weder dem Zweck der angezogenen Vorschrift, noch der den Gerichten sonst in der C. P. O. zugewiesenen Stellung entsprechen, wenn man das Gericht, dafern der Gesuchsteller selbst über das Streitverhältniß die zur Ermög-

Digitized by Google

lichung jener Vorprüfung dienlichen Angaben zu machen außer Stand ist, für verpflichtet erachten wollte, selbst darüber auf anderem Wege Erörterungen anzustellen. Ebensowenig kann die Ertheilung des Armenrechts erfolgen, um dem Gesuchsteller die Füglichkeit zu kostenfreier Anstellung solcher Erörterungen zu verschaffen. . . . Ihm zu solchem Zweck einen Rechtsanwalt beizuordnen, erscheint nicht statthaft, da eine Partei das Recht auf Beiordnung eines Rechtsanwalts zur unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte, insoweit eine Vertretung durch Rechtsanwälte geboten ist, nach § 107 Nr. 3 der C. P. O. erst durch die Bewilligung des Armenrechts erlangt. Beschluß des O. L. G. zu Dresden v. 24. Mai 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 64 S. 95. 96.

§ 110.

§ 110.

Die Bewilligung des Armenrechts erfolgt für jede Instanz besonders, für die erste Instanz einschließlich der Zwangsvollstreckung.

In der höheren Instanz bedarf es des Nachweises des Unvermögens nicht, wenn das Armenrecht in der vorherigen Instanz bewilligt war. Hat der Gegner das Rechtsmittel eingelegt, so ist in der höheren Instanz nicht zu prüfen, ob die Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung der Partei muthwillig oder aussichtslos erscheint.

§ 531.

Die konform mit der ersten Instanz in zweiter Instanz bestätigte Versagung des Armenrechts bildet auch dann keinen „neuen Beschwerdegrund" im Sinne des § 31 Abs. 2 der R. C. P. O., wenn die zweite Instanz Anfangs das Armenrecht bewilligte. (R. G. 7. I. 82.) A. V. (41.) 199. 200.

§ 111.

§ 111.

Die Bewilligung des Armenrechts für den Kläger, den Berufungskläger und den Revisionskläger hat zugleich für den Gegner die einstweilige Befreiung von den im § 107 Nr. 1 bezeichneten Kosten zur Folge.

§ 114.

1. **Die Zulassung des Klägers zum Armenrechte befreit den vermöglichen Beklagten bis zur Rechtskraft des verurtheilenden Erkenntnisses von der Verbindlichkeit zur Kostenzahlung.** (R. G. 13. II. 82.) Siehe hierüber bei § 114 ad R. C. VI. (131.) 419. A. V. (70.) 284. 285.

2. **Der Beklagte ist zum Kostenvorschusse verpflichtet, wenn er in der höheren Instanz als Antragsteller — Berufungs- oder Revisionskläger — auftritt.** (R. G. 13. II. 82 und 2. V. 82.) Siehe hierüber bei § 107 ad R. C. VI. (131.) 420.

§ 112.

§ 112.

Das Armenrecht kann zu jeder Zeit entzogen werden, wenn sich ergibt, daß eine Voraussetzung der Bewilligung nicht vorhanden war oder nicht mehr vorhanden ist.

Verfahren bei Entziehung des Armenrechts. Der § 112 der C. P. O. berechtigt das Gericht zur Entziehung des Armenrechts während des Rechtsstreits und legt ihm somit die Verpflichtung hierzu auf, wenn sich die in der Vorschrift bezeichneten Umstände ergeben. Die Maßregel erscheint — wie die Bewilligung und der Ausspruch zur Pflicht der Nachzahlung — als ein den Gerichten übertragenes Geschäft der Justizverwaltung, soweit es sich um die Folgen des § 107 Abs. 1 handelt eigentlich der Steuerverwaltung. Aus den Nebenfolgen der §§ 107 Ziff. 2 und 111 ergibt sich nicht, daß der Gegner der Armenpartei in Bezug auf Entscheidungen dieser Art ihr Prozeßgegner ist, vielmehr ist durch die Vorschrift des § 118 anerkannt, daß die Armenpartei allein bei

Digitized by Google

ihnen betheiligt ist und für den Gegner nur thatsächliche Folgen eintreten können. Hieraus und aus dem Wortlaut der §§ 112, 116 ergibt sich ferner, daß, während die Bewilligung des Armenrechts ein Gesuch der Partei voraussetzt, das Gericht zur Entscheidung nach den §§ 112 und 116 entweder auf Antrag der Vertretung der betheiligten Staatskasse oder auch von Amtswegen verpflichtet ist, wenn die Voraussetzungen dieser Vorschriften glaubhaft zu seiner Kenntniß kommen; daß Anträge des Gegners in dieser Richtung nur als Anzeigen aufzufassen sind; sowie, daß dem Gericht nähere Ermittelungen, insbesondere Beweiserhebungen zustehen; daß zwar hierbei im Allgemeinen die Vorschriften der C. P. O. maßgebend sind, dagegen der § 322 und die Vorschriften über nothwendige Vertretung nicht zur Anwendung kommen, weil diese Geschäfte nicht einen Bestandtheil des Verfahrens über den Rechtsstreit selbst bilden, und die Parteien bezüglich derselben sich nicht als Prozeßgegner gegenüberstehen. Zuständig für die Anordnung des § 112 kann — während des Rechtsstreits — nur das Gericht der Instanz sein und dessen Entscheidung kann sich über die Instanz nicht hinaus erstrecken. Beschluß des O. L. G. zu Karlsruhe v. 12. Okt. 1885; bestätigt vom Reichsgericht durch Beschluß v. 4. Dez. 1885. Annalen des bad. Ger. Bd. 52 S. 291. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 154 S. 217.

§ 113.

Das Armenrecht erlischt mit dem Tode der Person, welcher es bewilligt ist. **§ 113.**

§ 114. **§ 114.**

Die Gerichtskosten, von deren Berichtigung die arme Partei einstweilen befreit ist, können von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner nach Maßgabe der für die Beitreibung rückständiger Gerichtskosten geltenden Vorschriften eingezogen werden.

Die Gerichtskosten, von deren Berichtigung der Gegner der armen Partei einstweilen befreit ist, sind von demselben einzuziehen, soweit er in die Prozeßkosten verurtheilt oder der Rechtsstreit ohne Urtheil über die Kosten beendigt ist.

Ger. K. G. § 99.

1. **Die Zulassung des Klägers zum Armenrechte befreit den vermöglichen Beklagten bis zur Rechtskraft des verurtheilenden Erkenntnisses von der Verbindlichkeit zur Kostenzahlung.** Das Gerichtskostengesetz Abschn. VII unterscheidet zwischen Kostenvorschuß und Kostenzahlung. Jener ist von dem Antragsteller zu leisten, die Verpflichtung zu dieser tritt ein, sobald das Verfahren oder die Instanz nach Maßgabe des § 93 G. K. G. erledigt ist. Daß bei letzterer das ergangene Urtheil bereits die Rechtskraft beschritten habe, ist nicht erforderlich. Diese Grundsätze werden jedoch von den Bestimmungen über das Armenrecht, insbesondere den §§ 111. 114 C. P. O. durchbrochen. Zwar kann danach der vermögliche Kläger, der bereits einen Kostenvorschuß geleistet hat, nicht dessen Rückersatz verlangen, sobald im Laufe des Prozesses der Beklagte zum Armenrechte zugelassen und letzterer demnächst in die Kosten verurtheilt wird; allein eine weitere Beitreibung solcher Kosten, von deren Berichtigung die arme Partei einstweilen befreit ist, findet nach bewilligtem Armenrechte selbst in diesem Falle nicht eher gegen den Kläger statt, bis der Prozeß zu dessen Nachtheil rechtskräftig entschieden oder sonst beendigt oder ungeachtet ergangener Aufforderung der Justizverwaltung nach § 94 Nr. 1 G. K. G. liegen geblieben ist. Ist dagegen der Kläger zum Armenrechte zugelassen, so besteht eine Verbindlichkeit des vermöglichen

Digitized by Google

Beklagten zum Kostenvorschusse in der betreffenden Instanz überhaupt nicht, und erst dann tritt eine nachträgliche Berechnung und Erhebung der Kosten von dem Beklagten ein, wenn der Prozeß rechtskräftig zum Nachtheile desselben entschieden oder ohne Urtheil über die Kosten beendigt wird. (R. G. 13. II. 82.) R. C. VI. (131.) 419. A. V. (70.) 284. 285.

2. **Rückforderung des Kostenvorschusses in Armensachen.** Von diesem gilt nach § 90 des Gerichtskostengesetzes, daß die Verpflichtung zu seiner Zahlung bestehen bleibt, wenn auch die Kosten des Verfahrens einem Andern auferlegt sind. Auf den Betrag dieses Vorschusses gibt der § 90 dem Sportelfiskus ein Recht, gleichviel ob der Vorschießende in der Lage ist, denselben vom Verpflichteten zurückzuerlangen oder nicht. Beschluß des Reichsgerichts v. 9. Dez. 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 148. S. 215.

§ 115.

§ 115.

Die für die arme Partei bestellten Gerichtsvollzieher und Rechtsanwälte sind berechtigt, ihre Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner beizutreiben.

Eine Einrede aus der Person der armen Partei ist nur insoweit zulässig, als die Aufrechnung von Kosten verlangt wird, welche nach der in demselben Rechtsstreite über die Kosten erlassenen Entscheidung von der armen Partei zu erstatten sind.

1. **Abs. 1.** Der § 115 C. P. O. gibt dem einer armen Partei bestellten Rechtsanwalte ein selbständiges Recht auf Beitreibung seiner Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner, schließt mithin etwaige aus der Person der armen Partei herzuleitende Einreden gegen die Kostenerstattungspflicht aus. **Allein dieses Recht geht immerhin nicht weiter, als an sich ein Kostenerstattungsanspruch der armen Partei besteht. Für solche Kosten mithin, welche die obsiegende Partei, gleichviel ob sie zum Armenrechte zugelassen ist oder nicht, von dem unterliegenden Gegner gesetzlich nicht zu fordern vermag, haftet der letztere auch aus § 115 a. a. O. nicht.** (R. G. 29. XII. 85.) R. C. XV. (108.) 395. 396.

2. **Das im § 115 der C. P. O. dem Rechtsanwalte gewährte Recht, seine Gebühren und Auslagen von dem in die Kosten verurtheilten Gegner „beizutreiben", umfaßt auch das Recht, die beizutreibenden Gebühren und Auslagen in eigenem Namen festsetzen zu lassen.** Die Beitreibung auf Grund von § 115 der C. P. O. wird vielmehr regelmäßig mit einer Feststellung des Beizutreibenden nach §§ 98 ff. der C. P. O. zu beginnen haben. (Vgl. Struckmann u. Koch Komm. 4. Aufl. zu § 115 Anm. 1; Wilmowsky und Levy Komm. 3. Aufl. zu § 115 Anm. 1; Entsch. d. R. G., Bd. 9 S. 390; in Seuffert Arch. Bd. 39 Nr. 246). In Uebereinstimmung mit fast allen Kommentatoren hat auch Seuffert in der 3. Aufl. seines Kommentars zu § 115 in Anm. 3 ausdrücklich anerkannt, daß die Verfolgung des in Rede stehenden Rechts nicht im Wege der Klage zu erfolgen brauche, sondern gemäß den §§ 98 ff. der C. P. O. geschehen könne. Beschluß des O. L. G. zu Hamburg v. 18. Mai 1886. S. A. XLI. (297.) 445.

3. **Persönliche Haftung des Armenanwalts für die Kosten des seine Gebühren und Auslagen betreffenden Kostenfestsetzungsverfahrens.** Beschluß

Digitized by Google

des O. L. G. zu Hamburg vom 20. März 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (297.) 444 ff. S. hierüber bei § 98 eodem.

4. **Abs. 2. Die arme Partei hat gegen den in die Kosten verurtheilten Gegner keinen Anspruch auf Erstattung der Auslagen und Gebühren ihres Anwalts.** Wenn man der mit dem Armenrecht prozessirenden siegreichen Partei einen Anspruch auf Erstattung der Kosten zugestehen wollte, welcher mit dem durch § 115 der C. P. O. ihrem Anwalt beigelegten Anspruch konkurrirt, so würde die nothwendige Folge die sein, daß der kostenersatzpflichtige Gegner durch die Zahlung der Kosten an die Partei liberirt würde; dies würde aber mit § 115 Abs. 2 im Widerspruch stehen, welcher außer der dort bezeichneten Einrede alle Einreden aus der Person der armen Partei, also auch die Einrede der an diese geleisteten Zahlung, ausschließt. Beschluß des O. L. G. zu Hamburg vom 29. Dezember 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 156 S. 219. 220.

5. **Beschwerde gegen die Festsetzung der Kosten des Armenanwalts durch die gegnerische Partei auf Grund der Kompensation von Prozeßkosten.** Eine nachträglich erst entstandene Kompensationseinrede kann gegenüber einem Kostenfestsetzungsbeschluß der Regel nach nur auf dem durch § 686 der C. P. O. vorgezeichneten Wege der Klage geltend gemacht werden, weil eine solche Einrede gegen die rechtliche Existenz einer Ersatzpflicht gerichtet ist, während sich der Kostenfestsetzungsbeschluß, dessen Aufgabe es lediglich ist, den bereits feststehenden Ersatzanspruch seinem Betrage nach zu fixiren, eben deßhalb nur mit der Frage zu befassen hat, ob die liquidirten Kosten wirklich entstanden und in dem angesetzten Quantum berechtigt sind. Vgl. Seuffert Komm. 3. Aufl. S. 131; v. Wilmowsky und Levy 3. Aufl. S. 140; Struckmann u. Koch 5. Aufl. S. 110; Willenbücher Kostenfestsetzungsverf. S. 24; Entsch. des R. G. Bd. 13 S. 360, in Seuffert Archiv Bd. 41 Nr. 228). Gegenüber diesem Standpunkt des Gesetzes wird jedoch für die Beziehungen des Armenrechts eine Besonderheit durch die Bestimmungen des § 115 Abs. 2 der C. P. O. begründet, wonach die nach § 115 Abs. 1 bestehende Befugniß des Offizialanwalts einer Armenpartei, seine Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner selbst beizutreiben, eine Einschränkung dadurch erleidet, daß der von dem Armenanwalt für Kosten in Anspruch genommenen Gegenpartei verstattet ist, der Forderung des Armenanwalts gegenüber sofort diejenigen Kosten, welche ihr selbst von der Armenpartei gemäß der richterlichen Entscheidung im Kostenpunkt zu ersetzen sind, mit der Wirkung aufzurechnen, daß hierdurch ihre eigene Ersatzpflicht in ihrem selbständigen Bestande modifizirt wird. Hiernach erscheint der Ausspruch über die gegenseitige Ersatzpflicht beider Parteien wenigstens in der Art als ein innerlich untrennbarer, daß es nicht angänglich ist, die Entscheidung über die der Armenpartei zu erstattenden Kosten vor Rechtskraft des Ausspruchs über die ihr andererseits zur Last fallenden Kosten wirklich zur Zwangsvollstreckung zu bringen, indem hierdurch die dem Gegner durch § 115 Abs. 2 mit Rücksicht auf die in der Regel vorhandene thatsächliche Zahlungsunfähigkeit der Armenpartei aus Billigkeitsgründen gewährte Abrechnungsbefugniß illusorisch gemacht würde. Insolange aber nach den Grundsätzen des § 115 die Beitreibung von Gebühren und Auslagen ausgeschlossen

Digitized by Google

erscheint, ist auch ein Kostenfestsetzungsbeschluß nicht zu erlassen. Beschluß des obersten L. G. für Bayern v. 7. Dez. 1886. Seuffert Bl. f. R. A. Jahrg. 52 S. 14 ff. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 155 S. 218. 219.

§ 116.

§ 116.

Die zum Armenrechte zugelassene Partei ist zur Nachzahlung der Beträge, von deren Berichtigung sie einstweilen befreit war, verpflichtet, sobald sie ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie nothwendigen Unterhalts dazu im Stande ist.

Dasselbe gilt in Betreff derjenigen Beträge, von deren Berichtigung der Gegner einstweilen befreit war, soweit die arme Partei in die Prozeßkosten verurtheilt ist.

1. **Nach Beendigung des Prozesses über die Verpflichtung einer zum Armenrechte zugelassenen Partei zur Nachzahlung der gestundeten Beträge (§ 116 C. P. O.) hat das Gericht erster Instanz zu beschließen.** Da die Nachzahlung aller einer armen Partei im Verlaufe eines Rechtsstreites gemäß §§ 106. 107 C. P. O. gestundeten Gerichtskosten von derselben Bedingung (§ 116) abhängig ist, so kann dieselbe, wenigstens nach Beendigung des Rechtsstreites, nur einheitlich angeordnet werden, und die Zuständigkeit hierfür muß in Ermangelung einer entgegenstehenden Vorschrift der Civilprozeßordnung dem Gerichte erster Instanz zugeschrieben werden, was zudem auch deßwegen als gerechtfertigt erscheint, weil dieses Gericht am besten geeignet ist, die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu prüfen, und weil der Beschwerdeweg gegen eine solche Anordnung oder deren Versagung nicht ohne genügenden Anlaß abgeschnitten oder beschränkt werden darf. (R. G. 5. II. 85.) R. C. XII. (124.) 416. 417.

2. **Eine Partei, welche nur zu einer ratenweisen Berichtigung dieser Beträge im Stande ist, ist nicht zur Nachzahlung derselben verpflichtet.** Denn nach der Absicht des § 116 ist, wie auch die Motive zur C. P. O. bemerken, die Verpflichtung des Schuldners zur Nachzahlung der ihm gestundeten Kosten dadurch bedingt, daß derselbe „nicht mehr im Sinne des § 106 arm ist", und da die Ertheilung des Armenrechtes gemäß §§ 106. 107 Ziff. 1 nicht auf die Stundung eines Theiles der erwachsenden Gerichtskosten beschränkt werden kann, so muß der Schuldner auch im Sinne des § 106 a. a. O. noch so lange als arm angesehen werden, als er ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie nothwendigen Unterhaltes nicht im Stande ist, die erwachsenen Gerichtskosten im ganzen zu berichtigen. (R. G. 5. II. 85.) R. C. XII. (124.) 417.

3. **Keine Kostennachzahlung, wenn die arme Partei eine Kapitalsentschädigung für erlittene Verstümmelung erhält.** Beschluß des O. L. G. zu Kiel vom 17. Januar 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 60 S. 96. 97.

§ 117.

§ 117.

Ueber das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts, über die Entziehung desselben und über die Verpflichtung zur Nachzahlung der Beträge, von deren Berichtigung die zum Armenrechte zugelassene Partei oder der Gegner einstweilen befreit ist, kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden.

§ 118.

§ 118.

Gegen den Beschluß, durch welchen das Armenrecht bewilligt wird, findet kein Rechtsmittel, gegen den Beschluß, durch welchen das Armenrecht verweigert oder entzogen oder die Nachzahlung von Kosten angeordnet wird, findet die Beschwerde statt.

Luxemburger nach der Uebereinkunft vom 12. Juni 1879 (R. G. Bl. S. 318), Italiener nach der Bekanntmachung vom 1. Oktober

Digitized by Google

1879 (R. G. Bl. S. 186), Franzosen nach der Uebereinkunft vom 10. März 1881 (R. G. Bl. S. 81) den Inländern gleich.

1. **Die Beschwerde des § 118 C. P. O. steht nur der armen Partei zu,** nicht aber deren Prozeßbevollmächtigten, wenn solcher dieselbe nicht als Machtgeber der armen Partei, sondern in eigenem Namen und in eigenem Interesse einlegt. (R. G. 16. IV. 83.) R. C. IX. (69.) 258.

2. **Die Beschwerde wegen Versagung des Armenrechtes kann nach § 74 Abs. 2, § 532 Abs. 2 der R. C. P. O. durch die Partei selbst** (ohne Anwalt) **bei Gericht eingelegt werden.** Wenn nach § 532 Abs. 2 die Einlegung einer Beschwerde in einem Fall, wo die Beschwerde das Armenrecht betrifft, entweder durch Einreichung einer Beschwerdeschrift, oder durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers erfolgen kann, so ist nicht der Abs. 1, sondern der Abs. 2 des § 74 der C. P. O. hier maßgebend, weil nach dem letzteren die Vorschrift des Abs. 1 wegen des Anwaltszwanges vor den Kollegialgerichten auf Prozeßhandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können (nicht etwa bloß: „vorgenommen werden"), keine Anwendung findet. In den Motiven zu dem, dem jetzigen § 532 entsprechenden, § 508 des Entwurfes ist dies freilich gleichfalls übersehen; aber daß dort ein Irrthum zu Grunde liegt, steht außer Zweifel (vgl. auch Fitting R. C. P., 5. Aufl., § 74, Nr. II, S. 293). (R. G. 22. XII. 80.) A. III. (56.) 215.

3. **Der Gegner der zum Armenrecht zugelassenen Partei hat, auch wenn das Armenrecht, entgegen der Verfügung der ersten Instanz, erst in zweiter Instanz bewilligt wird, kein Recht zur Beschwerde.** Nach § 118 Satz 1 der R. C. P. O. findet gegen einen Beschluß, durch welchen das Armenrecht bewilligt wird, eine Beschwerde nicht statt. Es ist dies eine nothwendige Folge des im Buch I Tit. VII der R. C. P. O., insbesondere in den §§ 108. 111 und 115 durchgeführten Grundsatzes, daß der Gegner der Armenpartei durch die Zulassung der letzteren zum Armenrecht keinen Nachtheil erleiden soll, derselbe mithin kein rechtlich begründetes Interesse an dieser Verstattung hat. **Die Erhebung einer solchen Beschwerde ist ein grobes Verschulden des Anwalts im Sinne des § 97 der R. C. P. O., denn eine solche steht im Widerspruch mit dem klaren Wortlaute und Geiste des Gesetzes.** Das Gesetz macht keinen Unterschied, ob die betreffende Partei in erster oder — auf erhobene Beschwerde — in zweiter Instanz, unter Abänderung der erstinstanzlichen Verfügung, zum Armenrecht zugelassen worden ist. Auf § 117 in Verbindung mit § 530 der R. C. P. O. kann sich um deßwillen nicht berufen werden, weil die vorige Instanz kein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen hat, und im Uebrigen der § 118 Satz 2 der R. C. P. O. nur gegen den Beschluß, durch welchen das Armenrecht verweigert oder entzogen wird, also ausschließlich der Armenpartei eine Beschwerde gestattet. (R. G. 7. I. 82.) A. V. (42.) 200. 201.

4. **Der § 118 der R. C. P. O. und § 36 der R. Anw. O. versagen dem zum Armenvertreter bestellten Rechtsanwalt das Recht, seine Bestellung aus dem Grunde anzufechten, weil die Rechtsverfolgung für seine Partei aussichtslos sei.** Bei Zulassung einer Beschwerde des Anwalts könnte ein Rechtszustand eintreten, wonach der Partei zwar das Armenrecht kraft des Beschlusses des ersten Richters zusteht, dagegen das nach § 107 Nr. 3

Digitized by Google

der R. C. P. O. damit verbundene Recht der Beiordnung eines Anwalts durch die abweichende Ansicht des Beschwerderichters über Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung illusorisch gemacht wird. Ein derartiger Rechtszustand ließe sich aber nicht mit dem in § 118 der R. C. P. O. zum Ausdruck gebrachten legislativen Gedanken vereinigen. Auch bezieht sich der Abs. 2 des § 36 der R. Anw. O. dem Wortverstand nach nur auf die im Abs. 1 bestimmte Auswahl eines Anwalts durch den Vorsitzenden. Es stehen auch die Motive zur R. Anw. O. mit dieser Auslegung in Uebereinstimmung. Sie sagen (§ 64): „Dem Rechtsanwalte würde nach § 530 (jetzt § 531) der R. C. P. O. gegen die Entscheidung, durch welche die Beiordnung eines Rechtsanwalts angeordnet wird, kein Rechtsmittel zustehen." Es liegt auch kein Grund vor, ihm ein solches zu geben. Wohl aber soll beiden Theilen das Rechtsmittel der Beschwerde gegen die die Auswahl treffende Verfügung des Vorsitzenden zustehen. (R. G. 25. III. 84.) A. X. (36.) 173. 174.

5. **Die Civilprozeßordnung gibt dem bestellten Armenanwalte kein Beschwerderecht wegen der Bewilligung des Armenrechtes an der Partei oder wegen der Beigebung eines Offizialanwaltes überhaupt.** Nur die Rechtsanwaltsordnung trifft in den §§ 31. 36 Vorsorge, daß der Anwalt in bestimmten Fällen von der Uebernahme der ihm angesonnenen Vertretung sich befreien kann, — wenn er nämlich zur Versagung seiner Berufsthätigkeit verpflichtet ist (§ 31), und wenn er sich durch die Auswahl des Vorsitzenden beschwert glaubt (§ 36 a. a. O.). Es mag sein, daß der Anwalt auf die in § 31 a. a. O. vorgesehenen Fälle nicht beschränkt ist, sondern dem Gerichte noch andere Gründe vortragen darf, aus denen er die Uebernahme der prozessualen Vertretung abzulehnen gedenkt; ein Recht auf die Befreiung hat er aber in solchen Fällen nicht. (R. G. 26. VI. 85.) R. C. XV. (88.) 341. 342. U. u. A. III. (48.) 122. 123. S. A. XLI. bezw. XI. (141.) 217.

6. Während dem R. A. keine Beschwerde über die Beiordnung zum Vertreter einer armen Partei zusteht (§ 118 der C. P. O.), derselbe insbesondere seine Vertretung wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung nicht ablehnen darf (Entsch. des R. G. Bd. 15 S. 341, in Seuffert Archiv Bd. 41 Nr. 141), gewährt der § 36 der R. A. O. dem R. A. eine **Beschwerde in Betreff der Auswahl.** Die Auswahl ist dem Vorsitzenden des Gerichts übertragen; sie legt ihm die Pflicht auf, alle für die Auswahl erheblichen Umstände zu prüfen und insbesondere dabei zu berücksichtigen, ob Gründe vorliegen, welche den auszuwählenden Anwalt an der Uebernahme des Mandats gesetzlich behindern oder eine Uebertragung des Mandats an ihn als unzweckmäßig erscheinen lassen. Zu ersteren gehören die in § 31 der R. A. O. speziell aufgeführten Gründe, aus welchen der R. A. seine Berufsthätigkeit versagen muß; nach den Motiven zu dem § 36 der R. A. O. ist es jedoch dem R. A. unbenommen, auch andere Gründe der Zweckmäßigkeit oder Billigkeit geltend zu machen. Die Thätigkeit des Vorsitzenden in Betreff der Auswahl wird aber nicht durch die einmalige Beiordnung des Anwalts erschöpft. Es können im Lauf des Verfahrens neue Umstände hervortreten, welche entweder einen gesetzlichen Ablehnungsgrund enthalten oder welche die Fortführung der Vertretung durch den anfänglich beigeordneten Anwalt

Digitized by Google

unzweckmäßig oder unthunlich erscheinen lassen. Letzteres gilt namentlich von solchem Verhalten der Partei, welches den R. A. im Interesse seiner Standesehre hindert, den durch Beibehaltung des Mandats bedingten Verkehr mit der Partei fortzusetzen. Werden in dieser Beziehung vom beigeordneten R. A. Thatsachen behauptet, so ist es Pflicht des Vorsitzenden, sie zu prüfen und darüber zu entscheiden, ob sie eine neue Auswahl unter Entbindung des bisherigen Vertreters von dem Mandat erforderlich machen. Gegen einen ablehnenden Beschluß des Vorsitzenden steht dem R. A. nach § 36 die Beschwerde an das vorgesetzte Gericht zu. Beschluß des Reichsgerichts vom 30. März 1887. R. A. 1887 bes. Beil. 4 S. 246 ff. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 321 S. 460. 461.

7. Nach der ausdrücklichen und sachlich wohlberechtigten Bestimmung im § 118 der C. P. O. ist der Beschluß, wodurch einer Partei zum Zweck der Rechtsverfolgung das Armenrecht vom Gericht ertheilt wird, der Nachprüfung in höherer Instanz entzogen; damit ist von selbst auch die Beschwerde des Armenanwalts darüber, daß der Partei, welcher er beigeordnet ist, das Armenrecht ertheilt oder nicht wieder entzogen sei, ausgeschlossen. Die Beschwerde des § 36 der R. A. O. richtet sich nach den Worten und nach der Motivirung lediglich gegen die vom Vorsitzenden des Gerichts getroffene Auswahl, sowie gegen die Nichtberücksichtigung besonderer Verhältnisse, welche die Vertretung der betreffenden Partei durch den bestellten Armenanwalt als ungeeignet erscheinen lassen. Als ein solches Verhältniß kann aber die subjektive Auffassung des R. A. von der Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nicht angesehen werden, weil anderenfalls ein Rechtsmittel gegen die Bewilligung des Armenrechts gegeben sein würde, welches durch § 118 der C. P. O. ausgeschlossen ist. **Es ist freilich richtig, daß der bestellte Armenanwalt, wenn er die Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung für aussichtslos erachtet, befugt, ja sogar verpflichtet ist, seine Bedenken dem Gericht mitzutheilen und bei dem Vorsitzenden um seine Entbindung von der angesonnenen Vertretung nachzusuchen, aber hieraus folgt noch keineswegs, daß ihm eine Beschwerde zusteht, wenn das Gericht seine Auffassung nicht theilt und seinerseits die Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nicht für aussichtslos erachtet.** Würde man eine solche Beschwerde gestatten, so wäre die Folge die, daß das höhere Gericht gerade die Frage und zwar nur diese zu prüfen hätte, ob das Armenrecht mit Recht ertheilt ist und, wenn es sich der Auffassung des Anwalts anschlösse, dieser zu entbinden, ein anderer zu bestellen wäre und auf dessen Beschwerde ein weiterer bestellt werden müßte, so daß, wenn das Gericht, welches das Armenrecht ertheilt hat, sich von der Unhaltbarkeit seiner Auffassung nicht überzeugen würde, die Sache schließlich in die Lage kommen müßte, daß die Partei zwar das Armenrecht behielte, aber überall keinen Rechtsanwalt erhalten könnte, der ihr doch nach § 107 Abs. 3 der C. P. O. im Anwaltsprozeß gesetzlich zukommt. Eine solche Folge würde unhaltbar sein. Es haben sich denn auch mehrere Kommentatoren der Ansicht angeschlossen, daß dem Armenanwalte eine Beschwerde in dem fraglichen Umfange nicht gegeben ist (Meyer Komm. zur R. A. O. § 36 Anm. 5; Struckmann u. Koch, Seuffert, Petersen, Komm. zur C. P. O. zu § 107). Beschluß des O. L. G. zu Kiel v. 14. Februar 1884. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 241 S. 337. 338.

Digitized by Google

8. **Die Entziehung des Armenrechts durch ein Endurtheil kann nur mit der Berufung gegen dieses angefochten werden.** Nach § 118 der Civilprozeßordnung findet zwar gegen einen Beschluß auf Entziehung des Armenrechts Beschwerde statt, und die Gewährung der Beschwerde hat gerade den Zweck, die Berufung auszuschließen; wenn jedoch ein solcher Ausspruch einen Bestandtheil des angefochtenen Urtheils bildet, kann auch dieser nur mit der Berufung angefochten werden, da gegen Endurtheile nur die Berufung, nicht Beschwerde statthaft ist. Die Bestimmung des § 473 der C. P. O., daß die Berufung gegen Entscheidungen, welche mit der Beschwerde anfechtbar sind, ausgeschlossen ist, bezieht sich nur auf die dem Endurtheil vorausgegangenen, nicht auf die durch dasselbe erlassenen Entscheidungen. (Puchelt, Kommentar zur C. P. O., Bd. 2 zu § 472—474; Sarwey, Kommentar zur C. P. O., zu § 472 und 473 Note 4.) — (B. O. L. 24. 1. 84.) S. X. (113.) 306. 307.

9. **Die Grundlagen einer Gebührenbewerthung für die Verwerfung einer wegen Verweigerung des Armenrechts erhobenen Beschwerde sind nach richterlichem Ermessen festzustellen.** Dieselbe betrifft nicht die Hauptsache selbst und ist diese in keiner Weise Gegenstand der Entscheidung. Es handelt sich vielmehr darum, ob der um das Armenrecht Nachsuchende von der Bezahlung der in § 107 der R. C. P. O. vorgesehenen Kosten, Gebühren und Auslagen befreit sein solle oder nicht. Es kann somit nur die Höhe dieser letzteren den eigentlichen und alleinigen Gegenstand der Beschwerde und somit den Streitgegenstand im Sinne des § 8 des Reichs-Gerichtskostengesetzes bilden. Aus den §§ 3 bis 9 der R. C. P. O. geht zur Genüge hervor, welche Bestimmungen im § 9 des R. G. K. G. für die Werthsberechnung hinsichtlich der Gebühren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten sogar ausdrücklich als maßgebend erklärt sind (vgl. auch § 104 der R. C. P. O., § 136 der Konk. O. und § 16 des R. G. K. G.'s), weßhalb diese Feststellungsart auch dadurch nicht beeinträchtigt wird, wenn allenfalls der Beschwerdeführer mangelhafte Angaben hinsichtlich der Werthssumme gemacht hat, indem ausschließend das richterliche Ermessen entscheidend ist, und eine bezügliche Parteiangabe nur zur Information des selbständig prüfenden Richters dient. (v. Stengel's Kommentar zum G. K. G. S. 13.) — (B. O. L. 26. V. 82.) S. IX. (206.) 616—618.

Dritter Abschnitt.

Verfahren.

Erster Titel.

Mündliche Verhandlung. (§§ 119—151.)

§ 119.

§ 119.

Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte ist eine mündliche.

§ 128.

1. Nach dem Grundsatze des § 119 darf ein Urtheil nur auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehen und sich folglich auch nur auf den Gegenstand der stattgefundenen mündlichen Verhandlung erstrecken. **Der Grundsatz des § 119 bezieht sich aber nicht bloß auf den Vortrag des**

Digitized by Google

thatsächlichen Prozeßmaterials, sondern erfordert auch, daß den Parteien die Gelegenheit gegeben werden muß, sich vor der Abgabe eines Urtheils in mündlicher Verhandlung über den Gegenstand desselben in rechtlicher Beziehung zu äußern, und dieser Anspruch auf vorgängiges rechtliches Gehör steht den Parteien auch zu hinsichtlich derjenigen Entscheidungen, welche das Gericht in Unabhängigkeit von den Parteianträgen zu treffen befugt ist. (R. G. 27. IV. 83.) A. VIII. (17.) 83. 84. S. A. Bd. 41 bezw. 11. Nr. 229. S. 359—361.

2. Die C. P. O. räumt dem die mündliche Verhandlung vorbereitenden Verfahren keine den Zweck bloßer Vorbereitung überschreitende Bedeutung ein, und es wäre entschieden dem Geiste derselben zuwider, den Prozeßstoff, welchen die mündliche Verhandlung geboten hat, durch Rücksichtnahme auf den Inhalt von Schriftsätzen oder von Urkunden, die sich in den Handakten der Parteien befinden und vorbereitend mitgetheilt waren (§§ 122. 126 der C. P. O.) zu ergänzen. (R. G. 28. IV. 85.) U. u. A. II. (97.) 200.

3. Die bloße Bezugnahme auf eingeforderte und eingesehene, in der mündlichen Verhandlung aber nicht vorgetragene Aktenstellen verletzt den Grundsatz der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit. (R. G. 28. XI. 82.) A. VII. (20.) 78. 79.

4. Abhibirte Akten dürfen bei der Urtheilsfällung nur benutzt werden, wenn und soweit deren Inhalt den Gegenstand der mündlichen Verhandlung gebildet hat. Entsch. des obersten L. G. für Bayern v. 19. Jan. 1886. S. Bd. XI. Nr. 113. S. 310.

5. Der Richter darf den Inhalt von Akten, welche die Parteien als Beweismittel benutzt haben, nicht berücksichtigen, wenn derselbe bei der mündlichen Verhandlung von den Parteien nicht vorgetragen ist. (R. G. 20. VI. 82.) R. C. VIII. (87.) 325. 326. (Siehe auch § 128 eodem und § 487 ad R. C. VIII. (88.) 326—328.)

6. Nach der Schlußverhandlung zu den Akten übergebene Schriftsätze, welche den Zweck haben, zur Feststellung und Ergänzung des Thatbestandes insofern zu dienen, als in demselben dasjenige zusammengestellt wird, was eine Prozeßpartei im Verhandlungstermin behaupteter maßen zur Sache mündlich vorgetragen hat, können keine Beachtung finden. Es ist anzunehmen, daß das im Verhandlungstermin von den Parteien mündlich Vorgetragene, welches allein für den Thatbestand und die Sachentscheidung maßgebend sein kann, auch, wie es das Gesetz erfordert, bei der gedrängten Darstellung des Sachverhalts im Urtheil hinreichende Berücksichtigung findet. Für den Fall, daß dies nicht überall geschieht, ist den Parteien nachgelassen, das in den §§ 290—292 der C. P. O. vorgesehene Verfahren wegen Berichtigung oder Ergänzung des Urtheils zu beantragen. Dagegen kennt die C. P. O. derartige Schriftsätze als zulässig nicht, welche neben dem Urtheil und nach der mündlichen Verhandlung zur Darstellung oder Zusammenfassung des von der einen oder anderen Partei mündlich Vorgetragenen dienen sollen. Besteht nun auch im Allgemeinen die Regel, daß Eingaben an die Gerichte den Betheiligten nicht zurückgegeben zu werden pflegen, so kann doch dem Prozeßgericht das Recht nicht abgesprochen werden, Schriftsätze, welche gesetzlich völlig unbeachtlich und daher gänzlich überflüssig erscheinen, von den Prozeßakten fernzuhalten bezw.

Digitized by Google

von denselben auszuscheiden. Beschluß des O. L. G. zu Jena v. 21. Nov. 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 247 S. 358. 359.

7. Der § 119, welcher bestimmt: „Die Verhandlung der Parteien vor dem erkennenden Gericht ist eine mündliche", ist **nicht anwendbar auf die Anordnungen, zu welchen die §§ 337. 340. 367. 399 und 441 das Prozeßgericht ermächtigen,** da diese nur die Uebertragung eines Beweisaufnahmeakts auf ein Gerichtsmitglied oder ein anderes Gericht betreffen und bei solchen Verfügungen nicht der Rechtsstreit selbst und dessen Verhandlung, sondern nur ein die Entscheidung des Rechtsstreits vorbereitender Akt der Beweisaufnahme in Frage steht. Und neben dem § 119 enthält die C. P. O. nur noch Einzelbestimmungen, welche die mündliche Verhandlung anordnen (vgl. §§ 68 und 126), nicht aber eine allgemeine Vorschrift, derzufolge allen in einem anhängigen Prozeß ergehenden Gerichtsbeschlüssen, für welche das Gesetz nicht eine Ausnahme gestattet, eine mündliche Verhandlung vorausgehen müßte. Es kann auch nicht irreleiten, daß in zahlreichen Paragraphen ausdrücklich hervorgehoben wird, „die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung ergehen", da die C. P. O. den Prozeßrichter in einer großen Reihe von Paragraphen zu Anordnungen ermächtigt, ohne dabei zu bemerken, daß sie ohne mündliche Verhandlung erlassen werden können (vgl. außer den bereits erwähnten Paragraphen die §§ 136—143. 376. 579 und 580), und da unverkennbar es nicht in der Absicht der Gesetzgebung gelegen haben kann, für jede dieser Anordnungen die mündliche Verhandlung zur nothwendigen Vorbedingung zu machen. Beschluß des Reichsgerichts v. 12. Nov. 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 166 S. 232. 233.

8. **Darüber, ob es für prozeßleitende Verfügungen über die Art der Beweisaufnahme vorgängiger mündlicher Verhandlung bedarf,** noch folgendes: Die Vorschrift des § 119 der C. P. O. trifft da nicht zu, wo eine „Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit" nicht in Frage steht, sondern wo es sich nur um die Art und Weise handelt, in welcher der Eid abzunehmen ist. Bezüglich derjenigen Fälle, in welchen die Anwendung des § 119 ausgeschlossen ist, wurde in der C. P. O. in der Regel allerdings ausdrücklich gesagt, die Entscheidung könne ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Aber dies ist nur geschehen, „um die richtige Anwendung des Gesetzes zn sichern". (Vgl. Motive zum Entwurf der C. P. O., allgem. Begründung § 4). Es ist deßhalb nicht der Schluß gerechtfertigt, daß in allen Fällen, in denen eine solche Vorschrift nicht bestehe, eine mündliche Verhandlung der Entscheidung vorausgehen müsse; vielmehr ist in derartigen Fällen zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 119 vorliegen. Wo es sich um prozeßleitende Verfügungen, welche das Gericht von Amtswegen treffen kann, z. B. um die Verlegung eines Termins (§ 206) handelt, bedarf es, damit eine derartige Anordnung getroffen werden kann, nicht einer vorgängigen mündlichen Verhandlung der Parteien, welche überhaupt nicht nothwendig gehört werden müssen. Zu diesen Anordnungen gehört aber auch die auf Grund des § 320 Abs. 1 für bestimmte, in den §§ 337. 340. 367. 370. 399 und 441 vorgesehene Fälle gestattete Uebertragung der Beweisaufnahme auf ein Mitglied des Prozeßgerichts oder auf ein anderes Gericht. Wie das Prozeßgericht, wenn unter Abweichung von dem Beweisbeschluß nach-

Digitized by Google

träglich gemäß § 340 angeordnet werden soll, daß ein bestimmter Zeuge durch ein Mitglied dieses Gerichts oder ein anderes Gericht zu vernehmen sei, diese Anordnung treffen kann ohne daß eine nochmalige mündliche Verhandlung erforderlich ist, wird hiernach eine solche Verhandlung auch dann nicht vorausgesetzt, wenn von der in § 441 Abs. 1 vorgesehenen Befugniß Gebrauch gemacht werden soll. (Vgl. Boas in Gruchot, Beiträge Bd. 25 S. 570. 571; Reinke, § 441 Anm. a S. 415: Urtheil des Oberlandesgerichtes Dresden v. 30. Nov. 1882, Annalen dieses Oberlandesgerichtes Bd. 4 S. 336; Wengler, Archiv N. F. Bd. 4 S. 193 ff. bes. 196. A. M. sind: Struckmann und Koch, § 441 Nr. 2; Wilmowsky-Levy, § 427 Nr. 2 und § 441 Nr. 1; Seuffert, § 320 Nr. 1 und § 441 Nr. 3; Förster, § 320 Nr. 3 Bd. 1 S. 573; Fischer in Gruchot, Beiträgen Bd. 25 S. 636 Anm. 16). Von einigen Schriftstellern, welche die entgegengesetzte Auffassung vertreten, wurde zwar zur Unterstützung ihrer Ansicht auf ein Urtheil des R. G. v. 23. Okt. 1883 Bezug genommen, in welchem ausgesprochen worden ist, daß die in § 441 Abs. 1 vorgesehene Anordnung nicht in das bedingte Urtheil gehöre, sondern durch einen besonderen Beschluß zu treffen sei. In diesem Urtheil ist aber eine Entscheidung über die hier erörterte Frage nicht enthalten; das R. G. war vielmehr mit derselben überhaupt nicht befaßt. Beschluß des Reichsgerichts vom 11. Juni 1886. R. A. 1886 bes. Beil. 5 S. 267 ff. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 59 S. 87. 88; R. C. XVI. (101.) 412. 413.

I. Vorbereitung der mündlichen Verhandlung (§§ 120—126).

§ 120. **§ 120.**

In Anwaltsprozessen wird die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorbereitet; die Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat Rechtsnachtheile in der Sache selbst nicht zur Folge.

In anderen Prozessen können vorbereitende Schriftsätze gewechselt werden.

§§ 74, 124—457, 462.

§ 121. **§ 121.**

Die vorbereitenden Schriftsätze sollen enthalten:

1. die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung; die Bezeichnung des Gerichts und des Streitgegenstandes; die Zahl der Anlagen;
2. die Anträge, welche die Partei in der Gerichtssitzung zu stellen beabsichtigt;
3. die Angabe der zur Begründung der Anträge dienenden thatsächlichen Verhältnisse;
4. die Erklärung über die thatsächlichen Behauptungen des Gegners;
5. die Bezeichnung der Beweismittel, welcher sich die Partei zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, sowie die Erklärung über die von dem Gegner bezeichneten Beweismittel;

§ 225.

6. in Anwaltsprozessen die Unterschrift des Anwalts, in anderen Prozessen die Unterschrift der Partei selbst oder desjenigen, welcher für dieselbe als Bevollmächtigter oder als Geschäftsführer ohne Auftrag handelt.

§§ 192, 230, 497, 515.

1. Nr. 1. Die Vorschrift des § 121 Nr. 1 C. P. O., wonach die vorbereitenden Schriftsätze enthalten sollen „die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort . .",

Digitized by Google

ist, wie aus dem Worte „sollen" hervorgeht, nur instruktioneller Natur. (R. G. 10. XII. 81.) R. C. VI. (103.) 349.

2. Ziff. 6. **Die Mitunterzeichnung der Revisionsschrift durch den Anwalt der Berufungsinstanz ist unschädlich,** denn der beim Reichsgerichte zugelassene Rechtsanwalt hat jedenfalls durch seine Unterschrift als die Revision einlegend sich zu erkennen gegeben. (R. G. 30. IV. 81.) (R. C. IV. (120.) 419. 420.

§ 122. § 122.

Dem vorbereitenden Schriftsatze sind die in den Händen der Partei befindlichen Urkunden, auf welche in dem Schriftsatze Bezug genommen wird, in Urschrift oder in Abschrift beizufügen.

Kommen nur einzelne Theile einer Urkunde in Betracht, so genügt die Beifügung eines Auszugs, welcher den Eingang, die zur Sache gehörende Stelle, den Schluß, das Datum und die Unterschrift enthält.

Sind die Urkunden dem Gegner bereits bekannt oder von bedeutendem Umfange, so genügt die neue Bezeichnung derselben mit dem Erbieten, Einsicht zu gewähren.

§ 385.

§ 123. § 123.

Der vorbereitende Schriftsatz, welcher neue Thatsachen oder ein anderes neues Vorbringen enthält, ist mindestens eine Woche, wenn er einen Zwischenstreit betrifft, mindestens drei Tage vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen.

§ 462.

Der vorbereitende Schriftsatz, welcher eine Gegenerklärung auf neues Vorbringen enthält, ist mindestens drei Tage vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen. Die Zustellung einer schriftlichen Gegenerklärung ist nicht erforderlich, wenn es sich um einen Zwischenstreit handelt.

§§ 204, 234, 244, 481, 484, 517, 519, 548.

Der § 123 R. C. P. O. insbesondere redet von vorbereitenden Schriftsätzen, welche „nur Thatsachen oder ein anderes neues Vorbringen" enthalten, und begreift darunter, außer der Namhaftmachung neuer Beweismittel, sowohl die Ergänzung des ursprünglichen Klagevorbringens durch neues thatsächliches Vorbringen, als auch die nachträgliche Geltendmachung neu entstandener oder übersehener, auf demselben unterliegenden Rechtsverhältnisse beruhender Klaganssprüche. Bei dieser Auslegung des Gesetzes kann keine Rede davon sein, daß zur Erklärung des Beklagten auf ein derartiges neues Vorbringen in einer anhängigen Rechtssache ein besonderer Termin zur mündlichen Verhandlung anzuberaumen wäre, es fällt vielmehr dieser mit dem gemäß § 233 C. P. O. zur Verhandlung über die Klage bestimmten Termine zusammen. (R. G. 11. XII. 85.) R. C. XV. (107.) 392. 393.

§ 124. § 124.

Die Parteien haben eine für das Prozeßgericht bestimmte Abschrift ihrer vorbereitenden Schriftsätze und der Anlagen auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Diese Niederlegung erfolgt zugleich mit der Ueberreichung der Urschrift, wenn eine Terminsbestimmung oder wenn die Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers erwirkt werden soll, anderenfalls sofort nach erfolgter Zustellung des Schriftsatzes.

§ 125. § 125.

Die Partei ist, wenn sie rechtzeitig aufgefordert wird, verpflichtet, die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie in einem vorbereitenden Schriftsatze Bezug genommen hat, vor der mündlichen Verhandlung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen und den Gegner von der Niederlegung zu benachrichtigen.

Der Gegner hat zur Einsicht der Urkunden eine Frist von drei Tagen. Die Frist kann auf Antrag von dem Vorsitzenden verlängert oder abgekürzt werden.

Digitized by Google

§ 126.

Den Rechtsanwälten steht es frei, die Mittheilung von Urkunden von Hand zu Hand gegen Empfangsbescheinigung zu bewirken.

Giebt ein Rechtsanwalt die ihm eingehändigte Urkunde nicht binnen der bestimmten Frist zurück, so ist er auf Antrag nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zur unverzüglichen Zurückgabe zu verurtheilen.

Gegen das Zwischenurtheil findet sofortige Beschwerde statt.

Ger. K. G. § 37 Nr. 6. R. A. G. O. § 23 Nr. 1.

II. Mündliche Verhandlung

(§§ 127—144).

§ 127. **§ 127.**

Der Vorsitzende eröffnet und leitet die mündliche Verhandlung.

Er ertheilt das Wort und kann es demjenigen, welcher seinen Anordnungen nicht Folge leistet, entziehen.

Er hat Sorge zu tragen, daß die Sache erschöpfende Erörterung finde und die Verhandlung ohne Unterbrechung zu Ende geführt werde; erforderlichenfalls hat er die Sitzung zur Fortsetzung der Verhandlung sofort zu bestimmen.

Er schließt die Verhandlung, wenn nach Ansicht des Gerichts die Sache vollständig erörtert ist, und verkündet die Urtheile und Beschlüsse des Gerichts.

§§ 131, 143, 206.

§ 128. **§ 128.**

Die mündliche Verhandlung wird dadurch eingeleitet, daß die Parteien ihre Anträge stellen.

Die Vorträge der Parteien sind in freier Rede zu halten; sie haben das Streitverhältniß in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen.

Eine Bezugnahme auf Schriftstücke statt mündlicher Verhandlung ist unzulässig. Die Vorlesung von Schriftstücken findet nur insoweit statt, als es auf den wörtlichen Inhalt derselben ankommt.

In Anwaltsprozessen ist neben dem Anwalt auch der Partei selbst auf Antrag das Wort zu gestatten.

§ 121 Nr. 2, §§ 129, 130.

1. **Abs. 1.** Mit dem Ausdrucke **einleiten** will die Civilprozeßordnung die Anträge nicht in einem die Zugehörigkeit ausschließenden Gegensatz zu der mündlichen Verhandlung bringen; es ist nur angeordnet, daß die mündliche Verhandlung mit dem Verlesen der Anträge zu beginnen hat. Die Ausdrücke „Einleiten", „Einleitung" werden allerdings angewendet, um die Vorbereitung zu einem nachfolgenden Vortrage zu bezeichnen. Sie sind aber auch gleichbedeutend mit „Eingang" und drücken dann den Anfang, insbesondere den Anfang einer Schrift aus. (Vgl. Adelung, Wörterbuch Bd. 1 S. 1779. 1701.) Der Inhalt eines solchen als Einleitung bezeichneten Vorbringens entscheidet, ob in demselben nur etwas Vorbereitendes, oder bereits etwas zur Sache selbst Gehöriges behandelt wird. Niemand wird bezweifeln, daß die Einleitungen zum Allgemeinen Landrecht und zur Allgemeinen Gerichtsordnung Bestandtheile dieser Gesetzbücher sind. Die **Parteianträge** sind wesentlich für die mündliche Verhandlung und müssen deßhalb als Theile derselben angesehen werden. Ebensowenig darf man sich für die Nichtzugehörigkeit der Anträge auf die im § 269 C. P. O. vorgeschriebene Verlesung derselben aus den vorbereitenden Schriftsätzen und auf die Nothwendigkeit schriftlicher Niederlegung später erhobener Anträge berufen. Nur ihrer Wichtigkeit wegen sollen die Anträge durch die Schrift fixirt werden. Aus der diesfälligen Begründung des Entwurfes zur Civil-

Digitized by Google

prozeßordnung ergibt sich, daß die Anträge als ein integrirender Theil der mündlichen Verhandlung angesehen worden sind. (R. G. 17. X. 83.) (S. hierüber § 4 der allgemeinen Begründung zur Civilprozeßordnung, auch R. C. X. (120.) 390. 391. A. IX. (12.) 62.) — R. C. X. (120.) 390. A. IX. (12.) 62.

2. Nach den Vorverhandlungen zur Civilprozeßordnung sollten die Anträge nur den Tenor der vom Antragsteller erbetenen Entscheidungen (die petita) enthalten und keine begründenden Ausführungen, also keine conclusions motivées sein. Es ist aber keine Gewähr dafür vorhanden, daß die Parteien diese Grenze innehalten. **Die Anträge sind nicht an feststehende Formeln gebunden. Ihr Inhalt und ihre Fassung steht ganz im Belieben der Parteien. Die Anträge können über die eigentliche Bitte hinaus begründende und erläuternde thatsächliche und rechtliche Umstände enthalten, in denen ein theilweises Eingehen auf die Sache selbst liegt, so daß in dem Verlesen eines so beschaffenen Antrages (§§ 128. 269 C. P. O.) nicht ein bloßes Ausschweigen auf den Vortrag des Gegners zur Sache (§§ 296. 298 C. P. O.), sondern eine, wenn auch unvollständige Erwiederung auf die sachlichen Auslassungen des Gegners, die möglicherweise von diesem auch erst nachträglich vorgetragen werden können, zu finden ist.** Deßhalb muß nach Gestaltung des einzelnen Falles und nach dem Inhalte des verlesenen Antrages bei thatsächlicher Erwägung festgestellt werden, ob die Partei mit diesem Verlesen schon zur Sache verhandelt hat. (R. G. 17. X. 83.) R. C. X. (120.) 392. A. IX. (12.) 63. 64. (S. noch bei § 299 ad R. C. X. (120.) 392. 393. A. IX. (12.) 64.)

3. Nach § 128 der C. P. O. hat eine mündliche Verhandlung nur dann stattgefunden, wenn wenigstens von einer Partei ein Antrag zur Sache gestellt ist. **Wenn aber der Kläger erklärt, er nehme die Sache auf seine Kosten zurück,** so ist die Möglichkeit ausgeschlossen, daß überhaupt noch über die Hauptsache mündlich verhandelt und von irgend einer Partei ein Antrag in derselben gestellt wird; die mündliche Verhandlung und der vom Beklagten gestellte Antrag hat dann vielmehr lediglich den Kostenpunkt zum Gegenstand und sind **die den Anwälten zustehenden Gebühren daher nach § 16 und 13 Nr. 2 der Geb. O. für R. A. unter Zugrundelegung des Kostenbetrages zu berechnen.** Beschluß des Reichsgerichts vom 19. April 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 60 S. 92.

Anwaltsgebührenordnung.

4. **Begriff der „kontradiktorischen Verhandlung" im Sinne von § 16 der Geb. O.** vom 7. Juli 1879. (R. G. 30. VI. 85.) In welchem Sinne die Anwaltsgebührenordnung den Begriff „kontradiktorische Verhandlung" versteht, muß nach § 16 der Geb. O. aus § 19 des G. K. G. entnommen werden. Nach letzterer Bestimmung gilt aber die Verhandlung als kontradiktorisch, „soweit in derselben von beiden Parteien einander widersprechende Anträge gestellt werden." Es kommt daher, soweit es sich um eine Gebühr für einen speziellen Akt handelt, und die Geb. O. die Höhe der Gebühr für den speziellen Akt von dem Umstande abhängig macht, ob eine kontradiktorische Verhandlung stattgefunden oder nicht, darauf an, ob hinsichtlich des speziellen Akts einem Antrag ein demselben widersprechender Antrag entgegensteht; ist Letzteres nicht der Fall,

Digitized by Google

so liegt hinsichtlich jenes *speziellen* Aktes der Begriff eines kontradiktorischen Verfahrens im Sinne der Geb. O. auch dann nicht vor, wenn im *Allgemeinen* kontradiktorisch verhandelt wurde. (R. G. 30. VI. 85.) U. u. A. III. (83.) 200. 201.

5. **Abs. 2.** In Uebereinstimmung mit wiederholten Entscheidungen des R. G. (s. u. a. Entsch. Bd. 4 S. 188. 379. 431, Bd. 8 S. 327) ist an dem ganz unbeschränkt geltenden Grundsatze der C. P. O. festzuhalten, **daß das Urtheil nur auf Grund der mündlichen Verhandlung ergehen darf**; es muß daher alles dasjenige dem Richter mündlich vorgetragen werden, was als thatsächliche Unterlage für das Urtheil dienen soll und *nur* das thatsächlich Vorgetragene ist zu berücksichtigen (§§ 119. 128. 246. 485 der C. P. O.). Da hiernach der thatsächliche Parteivortrag das ganze Streitverhältniß erschöpfend umfassen muß und eine bloße Bezugnahme auf Schriftstücke, Urkunden oder Akten statt mündlichen Vortrags desjenigen Inhalts derselben, welcher zur Beurtheilung des Streitverhältnisses dienen soll, nach § 128 Abs. 2 und 3 der C. P. O. unzulässig ist, so muß auch die im Thatbestande erforderliche gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien nach § 284 Ziff. 3 der C. P. O. das vorgetragene thatsächliche Material mit genügender Deutlichkeit erkennen lassen. Dies gilt hier auch, soweit es sich um die zu den Akten des Vorprozesses stattgefundene Beweisaufnahme handelt (§ 258). Urtheil des O. L. G. zu *Jena* vom 15. Oktober 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 250 S. 362. 363.

S. *hierüber noch bei Abs. 3.*

6. **Abs. 3. Abhibirte Akten dürfen bei der Urtheilsfällung nur benutzt werden, wenn und soweit deren Inhalt den Gegenstand der mündlichen Verhandlung gebildet hat.** Entsch. des obersten Landesgerichtes für *Bayern* vom 19. Januar 1886. S. Bd. XI. Nr. 113 S. 310.

7. Aus dem Prinzipe der Mündlichkeit der Verhandlung folgt, daß bei der Beweisführung durch Urkunden der Beweisführer den Inhalt der Urkunden, soweit er für den Beweis in Betracht kommt, vortragen muß, und daß es **unstatthaft** ist, **daß das Gericht den Inhalt von Akten, welche zum Beweise benutzt werden sollen, berücksichtigt, ohne daß derselbe mündlich vorgetragen worden.** (R. G. 20. VI. 82.) R. C. VIII. (87.) 325. 326. (R. C. IV. (104.) 379. S. auch § 487 ad R. C. VIII. (88.) 326—328.)

8. **Es ist keineswegs nöthig, daß die Beweisstücke aus den zum Beweise in Bezug genommenen gerichtlichen Akten vollständig vorgelesen werden;** dies würde sogar der Vorschrift im § 128 Abs. 3 der R. C. P. O. widersprechen; es genügt, daß die beweisführende Partei die Beweisurkunden vorlegt und den erheblichen Inhalt derselben vorträgt; **es kann nach richterlichem Ermessen sogar für genügend erachtet werden, daß der Anwalt** namentlich bei weitläufigen Aktenstücken **auf dieselben im Allgemeinen Bezug nimmt**, sofern nur nicht diese Bezugnahme die mündliche Verhandlung ersetzen soll. (R. G. 12. VII. 82.) A. VI. (54.) 234.

9. **Das Prinzip der Mündlichkeit wird dadurch nicht verletzt, wenn zur Begründung der richterlichen Ueberzeugung die Aussagen von Zeugen benutzt werden, welche nicht in dem gegenwärtigen, sondern in einem**

Digitized by Google

früheren Rechtsstreit abgelegt sind, nur müssen diese Aussagen durch deren Verlesung aus den Akten des Vorprozesses in der stattgehabten Verhandlung mündlich vorgetragen worden sein. Diese Verwerthung der zu den Akten bereits vorhandenen Zeugenaussagen im Wege eines Urkundenbeweises ist durch keine Bestimmung der C. P. O. ausgeschlossen. Die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 4 S. 377 und 378, daß die Aufnahme eines angetretenen Zeugenbeweises nicht ersetzt werden dürfe durch die Berücksichtigung einer anderweit schon vorhandenen Zeugenaussage, betrifft einen Fall, in welchem es sich um eine Zeugenvernehmung handelte, die in Untersuchungsakten und ohne Beeidigung des Zeugen, sowie ohne die sonstigen durch die Vorschriften der C. P. O. gebotenen Garantien erfolgt war. Etwas anderes aber ist es, wenn es sich um die Benutzung von Zeugenaussagen handelt, welche in einem den Vorschriften der C. P. O. unterliegenden Rechtsstreit erfolgt sind, dessen einen Streittheil die jetzigen Parteien bildeten und auf welche überdies von einer Partei sich auch im gegenwärtigen Rechtsstreit als Beweismaterial ausdrücklich berufen worden ist. Urtheil des Reichsgerichts vom 22. November 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 354 S. 469. 470.

10. Nach dem den ganzen Prozeß beherrschenden Grundsatz der Mündlichkeit **dürfen abhibirte Untersuchungsakten von dem Richter bei der Urtheilsfällung nur dann berücksichtigt werden,** wenn und soweit deren Inhalt den Gegenstand der mündlichen Verhandlung gebildet, d. h. die beweis- oder gegenbeweispflichtige Partei alles dasjenige mündlich vorgetragen und erörtert hat, was sie von dem Inhalt in Berücksichtigung gezogen wissen will. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 19. Januar 1886. S. A. Bd. 41 bezw. 11 Nr. 230 S. 361.

S. hierüber auch bei Abs. 2.

§ 129.

§ 129.

Jede Partei hat sich über die von dem Gegner behaupteten Thatsachen zu erklären.

§§ 404, 417, 577, 611.

Thatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.

Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Thatsachen zulässig, welche weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind.

1. **Abs. 1. Die Parteien haben sich nur über die von dem Gegner behaupteten Thatsachen zu erklären** (§ 129 Abs. 1 der R. C. P. O.), **nicht über andere Thatsachen. Eine unbestimmte** (die Absicht des Nichtbestreiten-Wollens in Zweifel lassende) **Erklärung über andere Thatsachen kann daher dem Erklärenden keinen Nachtheil bringen.** (R. G. 7. II. 82.) A. V. (66.) 279.

2. **Abs. 2. Die Vorschrift im zweiten Absatze des § 129 der R. C. P. O. bezieht sich dem Zusammenhange nach lediglich auf die im ersten Absatze erwähnten Behauptungen der Gegenpartei.** (R. G. 7. II. 82.) A. V. (66.) 279.

3. **Der Ausdruck „unbestritten" ist nicht gleichbedeutend mit „zugestanden". Er weist vielmehr eher auf ein fingirtes Geständniß, welches der Ausführung neuer Thatsachen nicht im Wege steht.** (R. G. 9. V. 82.) A. VI. (23.) 131. 132.

Digitized by Google

§ 130. **§ 130.**

Der Vorsitzende hat durch Fragen darauf hinzuwirken, daß unklare Anträge erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden.

Der Vorsitzende hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, welche in Ansehung der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten.

Er hat jedem Mitgliede des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen.

§ 361.

1. **Die Abweisung einer Klage in angebrachter Art in dem Sinne, daß dieselbe nämliche Klage mit besserer Substanziirung von neuem erhoben werden kann, ist nach den Grundsätzen der Civilprozeßordnung nicht statthaft.** Im früheren schriftlichen Verfahren, wo das prozessuale Vorbringen an bestimmte Fristen gebunden war und auf den Inhalt der Prozeßschriften hin geurtheilt wurde, war es dem Richter unmöglich, Unvollständigkeiten und Unklarheiten, welche sich im thatsächlichen Vorbringen des Klägers zeigten, durch Befragen der Partei oder ihres Vertreters zu beseitigen. Als Mittel, diesen Mißstand unschädlich zu machen und das Recht der Partei nicht darunter leiden zu lassen, daß sie oder ihr Vertreter, in Verkennung der maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkte oder einem sonstigen Versehen, die für die richterliche Entscheidung erforderliche thatsächliche Grundlage nicht erschöpfend gaben, diente die Abweisung in angebrachter Art. Der Richter ertheilte gewissermaßen im Urtheile selbst diejenige Belehrung, welche er vorher nicht geben konnte. Anders ist es im mündlichen Verfahren, wie es von der Civilprozeßordnung geregelt ist. Hier ist es gestattet, in jeder Lage des Rechtsstreites, sowohl in erster als in zweiter Instanz, neue Thatsachen zur besseren Begründung der Klage geltend zu machen, sofern nur keine Aenderung des Klagegrundes selbst damit verbunden ist (C. P. O. §§ 240 und 287). Die Civilprozeßordnung macht ferner im § 130 dem Richter zur Pflicht, durch Fragen darauf hinzuwirken, daß ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erforderlichen Erklärungen abgegeben werden. Erfüllt der Richter diese Pflicht, so kann er nicht in die Lage kommen, eine Klage deshalb angebrachtermaßen abzuweisen, weil sie nicht genügend substanziirt sei, jedoch besser substanziirt werden könne, denn seine Aufgabe ist es gerade, durch Fragestellung zu ermitteln, ob eine genügende Substanziirung möglich sei oder nicht. Die Abweisung in angebrachter Art enthält daher in sich selbst schon den Beweis, daß der Richter sich der Pflicht, welche ihm § 130 a. a. O. auferlegt, nicht bewußt gewesen sei. (R. G. 24. II. 82.) R. C. VI. (107.) 358. 359. (R. C. VIII. (110.) 373.)

2. Die C. P. O. enthält keine ausdrückliche Vorschrift, welche **die Klage wegen Unvollständigkeit oder Unschlüssigkeit des Vorbringens bloß angebrachter Maßen abzuweisen** verwehrt, und ebenso kann die Unstatthaftigkeit solcher Abweisung auch nicht als eine aus der allgemeinen Struktur des geltenden Prozesses resultirende Selbstfolge erachtet werden. Denn die Abweisung der Klage in angebrachtem Maße, d. h. die richterliche Entscheidung, welche die Existenz oder Nichtexistenz des eingeklagten Anspruchs nicht feststellt, sich auf den Ausspruch beschränkt, daß die an-

Digitized by Google

geführten Thatsachen zur Begründung des Anspruchs nicht auch dasjenige, wird als ein Akt der Nothwendigkeit nicht zu vermeiden sein, sofern auch bei korrekter Prozeßleitung das Gericht dennoch in die Lage kommen kann, sein Urtheil auf Grund augenscheinlich lückenhaften unvollständigen Materials abgeben zu müssen. Diese Möglichkeit ist durch die C. P. O. nicht ausgeschlossen. Denn wie einerseits die C. P. O. in ihren Vorschriften, insonderheit in ihren Bestimmungen über die den Parteien aus Unterlassungen und Versäumnissen entstehenden Nachtheile, keinen Anhalt gewährt, um die bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung nicht vorgebrachten, zur Vervollständigung des Anspruchs jedoch erforderlichen Thatsachen ohne Weiteres als nicht existirend bezw. als nicht erweislich der Entscheidung zu Grunde zu legen, so reichen andererseits auch weder die Befugniß der Partei, das thatsächliche Vorbringen bis zum Schluß der Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, zu ergänzen, noch die dem Richter zwecks Aufklärung des Sachverhalts zur Pflicht gemachte Fragestellung aus, die zur Entscheidung über die Existenz oder Nichtexistenz des erhobenen Anspruchs erforderliche thatsächliche Grundlage unter allen Umständen zu gewinnen, und zwar selbst dann nicht, wenn man der von der Mehrzahl der Kommentatoren getheilten Ansicht, daß aus der Nichtbeantwortung der gerichtsseitig gestellten Fragen das Gericht bestimmte Folgen zum Nachtheil der Partei zu ziehen befugt sei, trotz entgegenstehender erheblicher Bedenken beitreten wollte. Zwar hat das R. G. in seiner Entscheidung vom 24. Februar 1882 (Bd. 6 S. 356 ff.) ausgesprochen, daß die C. P. O. eine Klageabweisung nicht kenne, welche dem Kläger gestatte, später die nämliche Klage mit besserer Substanziirung wiederholt zu erheben, und wenn auch der Ausspruch des höchsten Gerichtshofes selbst in einem Urtheil vom 26. Mai 1880 (Bd. 2 S. 243), wodurch er eine Klage wegen mangelnder Substanziirung abgewiesen hat, im alten Verfahren ergangen ist, so hat doch andererseits das R. G. in der später erlassenen Entscheidung vom 1. Juli 1882 (Bd. 7 S. 368 ff., in Seuffert, Archiv Bd. 38 Nr. 65) auch seinerseits anerkannt, daß die Fragepflicht cessirt: „wenn das Vorbringen derartig mangelhaft ist, daß der Richter gar keinen Anhaltspunkt zu einer Erfolg versprechenden Ausübung des Fragerechts findet". Muß man aber zu der Annahme gelangen, daß ein den Kläger bloß angebrachter Maßen abweisendes Urtheil durch die C. P. O. nicht prinzipiell ausgeschlossen ist, so wird es weiter für die Bedeutung und Tragweite solcher Entscheidung auch als irrelevant zu erachten sein, ob solches Urtheil erlassen und die Ergänzung der mangelnden Substanziirung unterblieben ist, weil das Fragerecht unzulässigerweise nicht ausgeübt ist oder weil solches mit ausreichendem Erfolg nicht hat ausgeübt werden können. Urtheil des O. L. G. zu Kiel vom 3. Febr. 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (305.) 453 ff.

3. Ueber die **Verpflichtung des Richters, sich des ihm zustehenden Fragerechts in vollem Umfange zu bedienen,** (R. G. 26. IX. 83) s. § 260 ad R. C. X. (130.) 405.

4. **Auch der Berufungsrichter hat, wenn er die Behauptung von Thatsachen oder die Bezeichnungen von Beweismitteln, nicht „präzise" genug findet, durch geeignete Fragen auf eine Ergänzung und die Angabe von Beweismitteln hinzuwirken.** (R. G. 8. I. 83.) R. C. IX. (120.) 419

Digitized by Google

5. **Wenn der Richter eine Vervollständigung des Eidesthemas für nothwendig erachtet,** so ist auf dieselbe durch Anwendung des Fragerechts hinzuwirken, und das Beweismittel nicht ohne weiteres für unstatthaft zu erklären. (R. G. 16. IX. 85.) U. u. A. III. (158.) 353.

6. **Der Richter ist nicht verpflichtet, eine Partei auf die rechtliche Tragweite der von ihm abgegebenen Erklärung aufmerksam zu machen.** So braucht er derselben z. B. keine Belehrung über die richtige Auslegung des § 559 zu ertheilen. (R. G. 13. V. 81.) R. C. IV. (94.) 353.

7. **Die Pflicht des Vorsitzenden, darauf hinzuwirken, daß unklare Anträge erläutert und ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt werden, bezieht sich bloß auf die thatsächliche, nicht auf die juristische Seite des Rechtsstreites.** Der Vorsitzende hat daher wohl zu versuchen, das thatsächliche Vorbringen der Partei, so weit es ihm unklar erscheint und nach den Umständen ein Erfolg in Aussicht steht, durch geeignete Fragestellung zu erläutern, dagegen hat er keine Belehrung über die richtige Auslegung der einschlägigen Gesetzesstellen oder über die rechtliche Tragweite der von der Partei abgegebenen Erklärungen oder gestellten oder zu stellenden Anträge zu ertheilen. (B. O. L. 21. V. 83.) S. X. (39.) 105.

8. **Der § 130 enthebt nicht die Partei der Pflicht der Aufstellung substanziirter Behauptungen;** er bürdet nicht diese Pflicht der Partei dem Richter auf, welcher nur dahin wirken soll, daß unklare Anträge erläutert, ungenügende thatsächliche Angaben ergänzt und unter Beweis gestellt, sowie alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben und daß Bedenken der bezüglich von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte gehoben werden. **Die Fragepflicht tritt** also **dann nicht ein, wenn das Vorbringen derartig mangelhaft ist, daß der Richter gar keinen Anhaltspunkt zu einer Erfolg versprechenden Ausübung des Fragerechtes findet.** Dies ist bei Anwendung des § 260 dann der Fall, wenn es in Ermangelung aller Anhaltspunkte nicht thunlich ist, den streitigen Betrag eines Schadens zu arbitriren. (R. G. 1. VII. 82.) R. C. VII. (113.) 368—370. (S. auch R. G. 7. VI. 82 in A. VI. (90.) 401.)

9. Nur zur Erläuterung unklarer Anträge, zur Ergänzung ungenügender Angaben der geltend gemachten Thatsachen, **nicht** aber **zur Erinnerung einer Partei an früher vorgebrachte, bei einer neuerlichen Verhandlung (§ 355) gar nicht mehr erwähnte Vertheidigungsmittel ist das in §§ 127, 130 der R. C. P. O. eingeräumte Fragerecht gegeben.** (B. O. L. 14. XII. 82.) S. IX. (263.) 781.

10. **Dem Gericht kann nicht zugemuthet werden, eine Partei zur Eideszuschiebung zu veranlassen.** Die Vorschrift des § 130 verpflichtet den Richter, nur dahin zu wirken, daß ungenügende thatsächliche Parteibehauptungen ergänzt und unter Beweis gestellt werden, sie enthebt aber die Partei nicht ihrer Verpflichtung zur Aufstellung substanziirter Behauptungen und zur Angabe aller derjenigen Beweismittel, von welchen sie Gebrauch zu machen gedenkt. Deßhalb und weil auch das Gesetz an die Unterlassung der Anwendung des dort vorgesehenen richterlichen Fragerechts Rechte der Partei nicht knüpft, kann der Bestimmung des § 130 auch nur die Bedeutung einer Dienstesinstruktion beigemessen werden, und

Digitized by Google

kann aus der Nichtanwendung des richterlichen Fragerechts allein eine Partei gegenüber dem Prozeßgegner keine Rechte zu ihren Gunsten und auch keinen Revisionsgrund ableiten, wenn nicht zugleich eine andere Rechtsnorm verletzt ist. (Wilmowsky u. Levi, Kommentar zur Prozeßordnung, 3. Aufl. S. 177, Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. VII S. 368, V. O. L. 8. V. 85 in S. XI. (50.) 130.) — (V. O. L. 12. XII. 85.) S. XI. (108.) 296. 297.

11. Nach § 130 der R. C. P. O. soll von dem Fragerechte Gebrauch gemacht werden, wenn es sich darum handelt, darauf hinzuwirken, daß ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erhebliche Erklärungen abgegeben werden. Ueber die Frage, ob die Nichtbeachtung der gedachten Anordnung des § 130 der R. C. P. O. einen Revisionsgrund enthält oder die Vorschrift nicht vielmehr nur instruktioneller Natur ist, wird gestritten. (Zu vergl. Hellmann, Kommentar Bd. I S. 426, 428, Anm. 3, 5; v. Wilmowsky und Levy, Kommentar S. 167, Anm. 1, Abs. 3.) Der II. Senat des R. G. hat in dem Bd. VI S. 358 ff. der Entsch. abgedruckten Urtheile angenommen, daß die Unterlassung der im § 130 der R. C. P. O. gebotenen Befragung einen Revisionsgrund abgeben kann. Aber die gedachte Entscheidung ist in einem Falle ergangen, in welchem die Unterlassung der Ausübung des Fragerechts zu einer Abweisung der Klage in der angebrachten Art geführt hat, weil die für die richterliche Entscheidung erforderlichen thatsächlichen Unterlagen nicht als erschöpfend angesehen worden sind. Diese Entscheidung entspricht der von einer Reihe von Kommentatoren (zu vergl. Gaupp, Bd. I, S. 373; Petersen, Bd. I, S. 373; v. Sarwey, Bd. I, S. 223; Seuffert, S. 134, Anm. 2; Siebenhaar, S. 179; Struckmann u. Koch, S. 119, Anm. 3; — zu vergl. ferner Struckmann in Busch, Zeitschrift für Civilprozeß, Bd. III, S. 224 ff.) vertretenen Ansicht, daß die R. C. P. O. eine Abweisung der Klage in der angebrachten Art wegen ungenügender Substanziirung nicht gestattet, daß vielmehr bei ungenügender Substanziirung einer Klage das richterliche Fragerecht einzutreten hat, und daß, wenn auch mittelst des Fragerechtes die erforderliche Substanz sich nicht herbeischaffen läßt, die definitive Abweisung der Klage auszusprechen ist. Anders ist es aber, **wenn es sich** nicht um die Abweisung einer Klage, sondern **um die Ablehnung einer Beweisantretung wegen mangelhafter Angabe der unter Beweis gestellten Thatsachen handelt. In einem solchen Falle kann in der Nichtausübung des Fragerechts ein die Aufhebung des Urtheils rechtfertigender Verstoß gegen eine prozeßgesetzliche Norm nicht gefunden werden.** (R. G. 25. IX. 82.) A. VI. (83.) 377. 378. R. A. 1882 bes. Beil 11 S. 3 u. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 265 S. 341. 342.

12. **In der Nichtausübung des Fragerechtes (§ 130 C. P. O.) kann eine Rechtsverletzung gefunden werden.** Ohne Zweifel ist die Ausübung des Fragerechtes, welches § 130 dem Richter zur Pflicht macht, im allgemeinen dessen freier Beurtheilung überlassen, und kann daher die Unterlassung von Fragestellung der Regel nach einen Grund zur Revision nicht bilden, wie auch in den Motiven des Gesetzes anerkannt ist. Es kann dem Richter nicht zugemuthet werden, durch Fragestellung Be-

Digitized by Google

hauptungen zu provoziren, die er keinen Anlaß hat, für begründet zu erachten, und wenn er daher aus dem Schweigen einer Partei die Folgerung ableitet, daß sie gewisse Thatsachen nicht behaupten könne, so ist hierin eine Verletzung des § 130 nicht zu erblicken. Anders ist es jedoch, wenn der Richter einen in Frage stehenden Anspruch als begründet erachtet und nur deßhalb glaubt an einer sachgemäßen Entscheidung verhindert zu sein, weil gewisse Thatsachen, die vorgebracht werden konnten, wegen Verkennung der maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkte oder aus einem sonstigen Versehen nicht vorgebracht wurden. Wenn in Fällen solcher Art der Richter sich begnügt, wegen Unvollständigkeit des thatsächlichen Vorbringens den Anspruch abzuweisen, statt, wie es ihm § 130 zur Pflicht macht, durch Fragestellung darauf hinzuwirken, daß ungenügende Angaben der Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden, so irrt er nicht bloß in Anwendung des § 130, sondern verkennt prinzipiell die Pflichten, welche ihm derselbe auferlegt, macht sich also zweifellos einer Rechtsverletzung schuldig. (R. G. 5. I. 83.) (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 6 S. 358.) R. C. VIII. (110.) 371—373. A. VII. (50.) 178. 179. S. auch eine Entscheidung des O. L. G. zu Karlsruhe vom 28. Oktober 1881 in S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 268 S. 343.

13. **Aus der Nichtanwendung des durch § 130 der Civilprozeßordnung dem Gerichte eingeräumten Fragerechts allein kann ein Revisionsgrund nicht abgeleitet werden, wenn nicht zugleich eine andere Rechtsnorm verletzt worden ist.** Zwar ist die Anwendung dieses Fragerechts nach den Verhandlungen der Reichstagskommission zum § 126 des Entwurfs der Civilprozeßordnung und nach dem Wortlaute des § 130 selbst dem Vorsitzenden zur Pflicht gemacht. (Vgl. Motive zum Entwurfe S. 133, Reichstags-Kommissions-Protokolle S. 51 und 526; Hahn, Materialien zur Civilprozeßordnung, S. 214, 564, 912 u. 989.) Aber diese Vorschrift enthebt einerseits die Partei nicht ihrer Pflicht zur Aufstellung substanziirter Behauptungen, andererseits sind an die Unterlassung ihrer Anwendung Rechte der Partei im Gesetze nicht geknüpft. Sie hat daher auch nur die Bedeutung einer Dienstesinstruktion. Jedenfalls kann auch die Pflicht des Richters zur Anwendung des Fragerechts nicht in dem Sinne aufgefaßt werden, als ob derselbe den Parteien Klagegründe, Einreden und bestimmte Gattungen von Beweismitteln erst schaffen und an die Hand geben müßte. (Vgl. Wilmowsky, Kommentar zur Reichs-Civilprozeßordnung S. 177 und die dort aufgeführten Urtheile des Reichsgerichts; Seuffert's Kommentar zur Reichs-Civilprozeßordnung S. 133.) — (B. O. L. 8. V. 85.) S. XI. (50.) 130. 131.

14. Es ist zwar richtig, daß die §§ 130 bezw. 488 Abs. 2 der C. P. O. dem Vorsitzenden zur Pflicht machen, durch Fragen darauf hinzuwirken, daß unklare Anträge erläutert, ungenügende thatsächliche Angaben ergänzt und die Beweismittel bezeichnet werden, daß ferner auch den Mitgliedern des Gerichts gestattet ist, Fragen zu stellen. **Aber immer bleibt es Aufgabe der Parteien, Alles, was sie zur thatsächlichen Begründung ihrer Anträge geltend machen können und wollen, anzuführen und die ihnen für ihre Behauptungen zu Gebote stehenden Beweismittel namhaft zu machen.**

Digitized by Google

Und wenn es auch nicht ausgeschlossen ist, daß Fälle vorkommen können, wo die Eigenthümlichkeit der Sachlage erkennen läßt, daß bei Berücksichtigung der Vorschriften der §§ 130 und 488 der Entscheidung eine Wiederaufnahme der Verhandlungen hätte vorausgehen müssen, so ist es doch nur auf die Eigenartigkeit des einzelnen Falles zurückzuführen, daß die Nichtbeobachtung der gedachten Vorschriften eine Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses rechtfertigen mag, und im Allgemeinen hat man davon auszugehen, daß keine Partei einen Anfechtungsgrund daraus entnehmen kann, daß nicht vorausgesetzt worden, sie habe ihrer Aufgabe nicht genügt und werde auf gegebene Veranlassung ihr thatsächliches Vorbringen oder ihre Beweisantretung zu ergänzen im Stande sein. Urtheil des Reichsgerichts vom 28. April 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 344 S. 465. 466.

15. Wie weit man auch die Fragepflicht des Richters nach § 130 der C. P. O. mag beschränken wollen, jedenfalls muß die Unterlassung der Fragestellung alsdann als unstatthaft angesehen werden, wenn sie dahin führt, eine an und für sich als begründet anerkannte Klage wegen bloßer Mängel in der Substanziirung bezw. in den Beweismittel-Angaben — virtualiter in angebrachter Maße — zurückzuweisen; **eine solche Zurückweisung ist erst zulässig, wenn das Fragerecht erfolglos ausgeübt ist.** Auch muß, in Uebereinstimmung mit der Mehrzahl der Civilsenate des Reichsgerichts (s. Entsch. des R. G. Bd. 6 S. 359, Bd. 7 S. 368 ff.; deutsche Juristenzeitung Bd. 5 S. 207, Bd. 7 S. 379, 639; jurist. Wochenschrift 1883 S. 36 und bes. S. 75) **„die Unterlassung dieser Pflicht als ein derartiger Verstoß bezeichnet werden, welcher, wie, wenn in 2. Instanz begangen, die Revision, so, wenn in 1. Instanz begangen, damit den Parteien der gesetzliche Instanzenzug nicht verkümmert werde, die Anwendung des § 501 der C. P. O. rechtfertigt.“** Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig vom 28. März 1883. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 267 S. 342. 343.

16. S. auch noch bei § 279 Abs. 1 ad R. C. II. (17.) 58. 59.

§ 131.

§ 131.

Wird eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden oder eine von dem Vorsitzenden oder einem Gerichtsmitgliede gestellte Frage von einer bei der Verhandlung betheiligten Person als unzulässig beanstandet, so entscheidet das Gericht.

Gegen die im § 131 erwähnten Anordnungen des Vorsitzenden, welche die Sachleitung betreffen, greift das Rechtsmittel der Beschwerde (§ 530 ff.) nicht Platz. Beschluß des O. L. G. zu Jena v. 2. Februar 1883. S. hierüber bei § 362 S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 155 S. 325. 326.

1. Prozeßleitung durch das Gericht.

§ 132.

§ 132.

Das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei zur Aufklärung des Sachverhältnisses anordnen.

§§ 268, 572, 579, 598, 612.

Auch im Anwaltsprozesse kann der Parteivertreter nicht in Widerspruch mit der von ihm vertretenen prozeßfähigen Partei Thatsachen behaupten, welche die Partei selbst nicht behaupten will, vielmehr als unwahr bestreitet.

Digitized by Google

hat die Partei vor dem Prozeßrichter sich über den thatsächlichen Sachverhalt in dieser Weise ausgesprochen, so ist ihr Anwalt hieran gebunden, denn er ist eben nur ihr Vertreter. Das folgt auch einerseits aus § 132, andererseits aus § 81 C. P. O. Der Richter kann die Partei zur Aufklärung des Sachverhältnisses laden. Die Vernehmung der so geladenen und erschienenen Partei, ihre Antworten auf die ihr vorgelegten Fragen, ihre Sachdarstellung haben nicht bloß eine Bedeutung für den Beweis, sondern auch insofern, als sich daraus ergibt, was die Partei selbst für wahr ansieht, was sie in dem Prozesse zur Begründung ihrer Anträge behaupten will. Wollte nun, nachdem die Partei zur Aufklärung des Sachverhältnisses geladen ist, und nachdem sie sich hierauf ausgesprochen hat, der Anwalt von der Sachdarstellung seiner Partei abweichen, das, was diese in Abrede gestellt hat, behaupten und unter Beweis stellen, und wäre der Prozeßrichter verpflichtet, den Anführungen des Vertreters zu folgen, in eine Prüfung seiner von der Darstellung der Partei abweichenden Behauptungen einzutreten, Beweis zu erheben, so würde damit der Zweck des § 132 a. a. O. zu einem erheblichen Theile vereitelt. Ob aber die Partei sich über den Sachverhalt ausspricht, nachdem sie zu diesem Behufe vor den Prozeßrichter geladen ist, oder ob sie ihre Erklärungen bei ihrer freiwilligen Anwesenheit während der Prozeßverhandlung abgibt, ist für das Verhältniß dieser Erklärungen zu den Anführungen ihres Prozeßvertreters gleichgültig. Nach § 81 a. a. O. darf die Partei Geständnisse und andere thatsächliche Erörterungen ihres Anwaltes, welche in ihrer Gegenwart abgegeben werden, widerrufen und berichtigen. Daraus ist abzuleiten, daß der Anwalt an die im Voraus abgegebene Erklärung der Partei nicht weniger gebunden ist. (R. G. 15. XII. 83.) R. C. X. (139.) 424. 425. A. IX. (51.) 266. 267.

§ 133. **§ 133.**

Das Gericht kann anordnen, daß eine Partei die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie sich bezogen hat, sowie Stammbäume, Pläne, Risse und sonstige Zeichnungen vorlege.

Das Gericht kann anordnen, daß die vorgelegten Schriftstücke während einer von ihm zu bestimmenden Zeit auf der Gerichtsschreiberei verbleiben.

Das Gericht kann anordnen, daß von den in fremder Sprache abgefaßten Urkunden eine durch einen beeidigten Dolmetscher angefertigte Uebersetzung beigebracht werde.

Abs. 3. G. V. G. §§ 187—193.

Es steht mit dem das Verfahren beherrschenden Grundsatze der Mündlichkeit in Widerspruch, wenn der nicht zur Verhandlung gekommene Inhalt einer Urkunde bei der Entscheidung des Rechtsstreites in irgend einer Weise berücksichtigt wird. Das Gericht kann dagegen die Parteien nach §§ 133 und 488 der R. C. P. O. veranlassen, die Urkunde vorzulegen und den Inhalt vorzutragen. (R. G. 8. I. 81.) A. III. (57.) 215. 216.

§ 134. **§ 134.**

Das Gericht kann anordnen, daß die Parteien die in ihrem Besitze befindlichen Akten vorlegen, soweit dieselben aus Schriftstücken bestehen, welche die Verhandlung und Entscheidung der Sache betreffen.

§ 135. **§ 135.**

Das Gericht kann die Einnahme des Augenscheins, sowie die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften, welche eine auf Antrag an-

Digitized by Google

geordnete Einnahme des Augenscheins oder Begutachtung durch Sachverständige zum Gegenstande haben.

Abs. 2 §§ 336, 337, 367 ff.

2. Trennung der Verhandlung.

§ 136.

§ 136.

Das Gericht kann anordnen, daß mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden.

Dasselbe gilt, wenn der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht hat, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht.

§§ 274, 644.

1. **Abs. 1. Der § 136 betrifft lediglich das Verfahren,** nämlich die Verhandlung in einem getrennten Prozesse **und setzt voraus, daß mehrere Klagansprüche erhoben sind.** (R. G. 14. VII. 81.) R. C. V. (103.) 380.

2. Ueber den Begriff **„Anspruch"** s. (R. G. 17. I. 83) bei § 491 Abs. 2 ad R. C. XV. (118.) 421.

3. **Unzulässigkeit der Beschwerde gegen einen Gerichtsbeschluß, durch welchen die abgesonderte Verhandlung einer Gegenforderung angeordnet wird.** Nach § 530 der C. P. O. findet das Rechtsmittel der Beschwerde, abgesehen von den besonders hervorgehobenen Fällen, z. B. in § 229 der C. P. O., nur gegen solche Entscheidung statt, welche eine mündliche Verhandlung nicht erfordern; die Anordnung nach § 136 setzt aber eine mündliche Verhandlung voraus und kann, wie auch die Stellung des § 136 in dem Titel „mündliche Verhandlung" ergibt, nur in einer solchen ergehen. (Wilmowsky und Levy Komm. 2. Aufl. S. 156 Vorbem. 4 a. E.) Entsch. des O. L. G. zu Jena vom 11. Juni 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 247 S. 342.

4. **Abs. 2. Da durch die Kompensationseinrede Rechtshängigkeit bezüglich der dieser Einrede zu Grunde liegenden Gegenforderung nicht begründet wird, so ergibt sich daraus von selbst, daß in denjenigen Fällen, in welchen das Gericht anordnet, daß über die Hauptforderung und Gegenforderung in getrennten Prozessen zu verhandeln sei (§ 136 Abs. 2 C. P. O.), beziehungsweise, indem es über die zur Entscheidung reife Hauptforderung durch Endurtheil entscheidet, die Gegenforderung in ein besonderes Verfahren verweist** (§ 274 a. a. O.), **in Ansehung der Gegenforderung nur dann ein besonderer Rechtsstreit anhängig bleibt, wenn der Beklagte bezüglich derselben schon vorher Widerklage erhoben und so die Rechtshängigkeit gemäß § 235 dieses Gesetzbuches begründet hatte. Dagegen muß demselben überlassen bleiben, wegen seiner Gegenforderung Klage beziehungsweise Widerklage zu erheben, wenn er sich darauf beschränkt hatte, Abweisung der Hauptklage zu beantragen und diesen Antrag durch die Einrede der Kompensation zu begründen.** Dieser Auffassung steht § 136 Abs. 2 C. P. O. in keiner Weise entgegen. Die Bedeutung dieser Vorschrift besteht darin, daß, wenn das Gericht dies zur Verhinderung einer Prozeßverzögerung für geboten erachtet, über die Hauptforderung ohne Rücksicht auf die mit derselben nicht in rechtlichem Zusammenhange stehende Gegenforderung entschieden werden kann, und die Entscheidung über die letztere dann einem besonderen Verfahren (einem „getrennten Prozesse") vorbehalten bleibt. Die Wirkung dieser Maßregel ist hiernach im Wesentlichen eine negative, indem sie die Ausscheidung des auf die Gegenforderung bezüg-

Digitized by Google

lichen Rechtsstoffes aus dem die Hauptforderung betreffenden Prozesse zur Folge hat. Mit der Frage, in welcher Weise eine von dem Beklagten gewünschte Entscheidung über die Gegenforderung herbeizuführen ist, befaßt sich § 136 Abs. 2 nicht. Vielmehr sind für die Entscheidung dieser Frage die allgemeinen Vorschriften der Civilprozeßordnung, insbesondere die Bestimmungen über die Rechtshängigkeit maßgebend. Nach diesen ist aber nur dann anzunehmen, daß bezüglich der Gegenforderung bereits ein Prozeß anhängig ist, wenn der Beklagte in Beziehung auf dieselbe Widerklage erhoben hatte. (R. G. 11. V. 86.) R. C. XVI. (93.) 378. 379. S. hierüber noch bei § 274 eodem.

5. **Voraussetzung der Verweisung illiquider Kompensationseinreden zum besonderen Verfahren.** S. Urtheil des O. L. G. zu Hamm vom 28. Januar 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 250 S. 350.

6. **Unterschied zwischen § 136 und § 274.** Allerdings sind die §§ 136 und 274 nur Anwendungen des dem Gericht behufs Erhaltung der Uebersicht über den Prozeßstoff und Vermeidung der Verschleppung einer Entscheidung eingeräumten Trennungsrechts, allein ihre Stellung im System der C. P. O. und der abweichende Wortlaut zeigen, daß sie auf verschiedenen Voraussetzungen beruhen und nicht beliebig anwendbar sind. Während § 274 davon ausgeht, daß die Klagforderung bereits zur Endentscheidung reif sei, deßhalb auch seinen Platz in Buch II Abschn. 1 Tit. 2, welcher vom Urtheil handelt, gefunden hat, steht **§ 136** in dem Titel von der mündlichen Verhandlung (Buch I Abschn. 3 Tit. 1) und **wird** deßhalb und nach seinem Wortlaut **nur dann richtig zur Anwendung zu bringen sein, wenn über die verschiedenen Ansprüche, deren Trennung zweckmäßig erscheint, weitere Verhandlungen nöthig sind, eine Entscheidung über den einen oder anderen Theil der Klagforderung oder Gegenforderung aber noch nicht getroffen werden kann.** Urtheil des O. L. G. zu Hamm vom 28. Jan. 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 250 S. 351.

7. Nach dem § 136 der R. C. P. O. ist dem Gericht der Klage, bei welchem eine Widerklage in der Art anhängig ist, daß es *nicht* die Pflicht des Gerichts ist, dieselbe als unstatthaft abzuweisen, unter der Voraussetzung, daß der mit der Widerklage verfolgte Gegenanspruch nicht mit dem *Klageanspruch* in rechtlichem Zusammenhange steht, die *fakultative* Befugniß verliehen, (aus, seinem Ermessen anheimfallenden Gesichtspunkten zweckmäßiger Prozeßleitung) *anzuordnen*, daß die Klage und die Widerklage bei ihm, dem anordnenden Gerichte, in getrennten Prozessen verhandelt werden sollen. Eine solche fakultative Anordnung der Trennung der Prozesse kann gemäß § 141 der R. C. P. O. von dem anordnenden Gerichte wieder aufgehoben werden. **Eine Anordnung der Verhandlung in getrennten Prozessen im Sinne des § 136 der R. C. P. O. ist in einem Fall, in welchem die Widerklage im Sinne des § 33 der R. C. P. O. bei dem Gerichte der Klage *nicht* erhoben werden *durfte* und die Unstatthaftigkeit gerügt ist, *an sich* keinesfalls zulässig.** (R. G. 11. VI. 84.) A. X. (103.) 423.

8. **Bei rechtlichem Zusammenhange zwischen dem Klaganspruche und einer Gegenforderung des Beklagten ist die Verweisung der letzteren zur gesonderten Austragung nicht mehr statthaft.** In dieser Beziehung ist vor Allem hervorzuheben, daß die in l. ult. Cod. (4, 31) begründete Vor-

Digitized by Google

schrift, es solle eine liquide Forderung durch eine illiquide Gegenforderung nicht aufgehalten werden, mit anderen Worten, die Liquidität der Gegenforderung dürfe als Kompensationserforderniß betrachtet werden, schon nach gemeinem Rechte in der Regel keine Anwendung findet, namentlich wenn sie rechtzeitig, d. h. mit der Einlassung auf die Klage eingebracht und durch das Beweisinterlokut zur vollständigen Liquidmachung in der ordentlichen Beweisinstanz verwiesen werden kann. Nur ausnahmsweise soll der Richter berechtigt und verpflichtet sein, die Kompensation aus dem Prozesse zurückzuweisen, wenn die Feststellung der Gegenforderung und der Beweis derselben voraussichtlich so zeitraubend und verwickelt sein würde, daß derselbe außer allem Verhältniß zu dem Beweise der Klageforderung stünde. (Seuffert, Pandekten § 287 Anm. 20; Windscheid, Pandekten § 350 und Anm. 13; v. Vangerow, Pandekten § 618 Anm. 2 Ziff. 1, Bd. 3 S. 363.) Allein auch dieser letztere Satz erleidet in der Praxis sowohl, als auch in der Theorie eine Beschränkung dahin, daß die Zurückweisung einer illiquiden Gegenforderung auf Grund einer zeitraubenden und weitwendigen Beweisführung nur bei einer Gegenforderung ex dispari causa Platz greifen kann und auf alle jene Fälle nicht Anwendung findet, in denen die Gegenforderung ihren Ursprung gleich der Hauptforderung ex eadem causa ableitet. (Seuffert, Pandekten a. a. O. Anm. 20; Holzschuher, Kasuistik Bd. 3 S. 145 und die dortigen Allegate Arndts, Pandekten S. 433; Seuffert's Archiv Bd. 5 Nr. 123, Bd. 9 Nr. 279, Bd. 14 Nr. 132, Bd. 17 Nr. 134, Bd. 23 Nr. 223, Bd. 27 Nr. 117.) Eben diese Modifikation wurde als gesetzliche Vorschrift in die R. C. P. O. aufgenommen, da § 136 in seinem Abs. 2 ausdrücklich vorschreibt, daß in Bezug auf eine erhobene Gegenforderung die Verhandlung in einem getrennten Prozesse nur dann statthaft ist, wenn dieselbe mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in einem rechtlichen Zusammenhange steht, und ist es nur eine Ergänzung des § 136 Abs. 2, wenn in § 274 a. a. O. diese Trennung der Verhandlung auch noch im Urtheile gestattet ist, vorausgesetzt, daß von dem Beklagten mittels Einrede eine Gegenforderung geltend gemacht wird, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung in keinem rechtlichen Zusammenhange steht. Aus der Entstehungsgeschichte der genannten Paragraphen und namentlich den Motiven zur R. C. P. O. geht mit aller Bestimmtheit hervor, daß das Gesetz, der von dem preußischen Rechte und von der französischen Jurisprudenz eingeschlagenen, auch von angesehenen Rechtslehrern für das gemeine Recht vertheidigten Richtung folgend, das Trennungsrecht für den Fall beschränkte, daß die Gegenforderung nicht im rechtlichen Zusammenhange steht, weil bei dem Vorhandensein eines solchen Zusammenhanges eine zutreffende Entscheidung nur dann abgegeben werden kann, wenn ein und dasselbe Urtheil das Rechtsverhältniß seinem ganzen Umfange nach zusammenfaßt. (S. hierüber Bülow, C. P. O. S. 85; Endemann, Der deutsche Civilprozeß Bd. I S. 486; Wilmowsky und Levy, Kommentar S. 173 u. f.; Struckmann und Koch, Kommentar S. 103 u. f.; Seuffert, C. P. O. S. 140.) — (B. O. L. 12. III. 83.) S. X. (17.) 37—40.

9. Damit die **Kompensationseinrede** nicht zur Prozeßchikane benutzt

Digitized by Google

werde, hat das justinianische Recht (l. ult. C. de compensat. 2, 31) Liquidität der aufzurechnenden Gegenforderung gefordert, wenn sie im Hauptprozesse berücksichtigt werden solle. Im gleichen Sinne waren **nach l. 16. § 359 A. L. R.'s nichtkonnexe illiquide Gegenforderungen einem Nachprozesse vorbehalten, wenn nur die Forderung des einen, nicht die des andern liquid war. Diese Vorschrift hatte nur einen prozessualen Charakter;** das Kompensationsrecht in seiner materiellen Bedeutung war durch dieselbe nicht beschränkt. Das zeigt unzweifelhaft die Vorschrift in § 361 a. a. O., nach welcher, wenn sich die Kompensationseinrede im Nachprozesse bewahrheitete, die Folgen so zu normiren waren, wie sie im Falle sofortiger Anerkennung des Kompensationsrechtes im Hauptprozesse eingetreten wären. Die Illiquidität beschränkte also nur die prozessuale Geltendmachung einer Gegenforderung. Praktisch konnte das prozessuale Hinderniß den Verlust des Kompensationsrechtes zur Folge haben; aber auch diese Folge konnte nach Maßgabe der §§ 360. 226 a. a. O. abgewehrt werden. Soweit eine solche Abwehr nicht zu ermöglichen war, hatte die Illiquidität der Kompensationseinrede genau dieselbe Bedeutung wie andere prozessuale Hindernisse der Geltendmachung von Einreden (beispielsweise im Mandats- und Wechselprozesse). Der § 359 a. a. O. blieb aber außer Anwendung, wenn einer eingeklagten Forderung eine andere nicht entgegengestellt wurde, von dem Kompensationsrechte vielmehr die Rechtsgültigkeit eines sonstigen Anspruches abhängig war, beispielsweise, wenn ein Pfand unter der Behauptung zurückgefordert wurde, daß die durch das Pfand früher gesicherte Forderung durch Kompensation erloschen wäre, oder wenn einer Klage auf Exmission eines angeblich in Bezahlung des Pachtzinses säumigen Pächters der Einwand entgegengesetzt wurde, daß der Pachtzins durch Gegenforderungen getilgt worden wäre. (Vgl. Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 46 S. 112 Bd. 65 S. 286.) Erweist sich sonach **die Vorschrift in I. 16 § 359 A. L. R.'s.**, wie auch in den Motiven des Entwurfes der §§ 130. 131 C. P. O. dargelegt ist, als prozessualer Natur, so ist sie **durch § 136 C. P. O. beseitigt.** (R. G. 15. VI. 83.) R. St. VIII. (97.) 347. 348. R. A. V. (164.) 442. 443.

10. Wenn die §§ 359 bis 362 A. L. R. I. 16 Normen des *materiellen* Rechtes enthielten, würden diese gesetzlichen Bestimmungen durch den Inhalt der Reichscivilprozeßordnung *nicht* ihre Geltung verloren haben. Jene Stellen des preußischen Gesetzbuches enthalten aber *keine* Normen des *materiellen* Rechtes, regeln vielmehr *nur* die *prozessuale* Behandlung von Kompensationsbehelfen, wie solches namentlich aus dem Inhalte des § 361 a. a. O. hervorgeht. *Deßwegen* sind **die §§ 359 bis 362 A. L. R. I. 16 durch die §§ 136 und 274 der Reichscivilprozeßordnung *beseitigt*, und an ihre Stelle prozessuale Normen gesetzt, welche dem richterlichen Ermessen einen möglichst freien Spielraum gewähren.** (Vgl. Förster, Theorie und Praxis des preußischen Privatrechtes 4. Aufl.; v. Eccius Bd. 1 § 94 S. 686; Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts Bd. 2 3. Aufl. § 106 S. 251; Schollmeyer, Die Kompensation § 4 S. 37. 38; vgl. auch Eck in Behrend's Zeitschrift Bd. 3 S. 141.) — (R. G. 1. X. 84.) R. C. XII. (62.) 254.

Digitized by Google

§ 137.

§ 137.

Das Gericht kann anordnen, daß bei mehreren auf denselben Anspruch sich beziehenden selbständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln (Klagegründen, Einreden, Repliken 2c.) die Verhandlung zunächst auf eines oder einige dieser Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zu beschränken sei.

Nach Geltendmachung mehrerer peremptorischer Einreden ist ein Verfahren derart, daß in Bezug auf eine derselben sofortige Eidesleistung angeordnet und rücksichtlich der anderen weitere Verhandlung nur für den Fall der Verweigerung dieser Eidesleistung in Aussicht gestellt wird, gesetzlich unstatthaft. (B. O. L. 6. VII. 82.) S. hierüber bei § 426 Abs. 2. S. IX. (220.) 649—652.

3. Verbindung der Verhandlung.

§ 138.

§ 138.

Das Gericht kann die Verbindung mehrerer bei ihm anhängiger Prozesse derselben oder verschiedener Parteien zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung anordnen, wenn die Ansprüche, welche den Gegenstand dieser Prozesse bilden, in rechtlichem Zusammenhange stehen oder in einer Klage hätten geltend gemacht werden können.

§ 272 Abs. 2, § 836.

1. Siehe hierüber bei § 508 Abs. 2 ad R. C. V. (95.) 355—357.

2. **Nur unter der Voraussetzung des Vorliegens der Erfordernisse der Streitgenossenschaft darf auch das Gericht die Verbindung mehrerer Prozesse zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung nach § 138 C. P. O. anordnen,** und es ist schon von vornherein anzunehmen, daß eine solche durch das Gericht angeordnete Verbindung, obwohl dieselbe selbstverständlich keine rückwirkende Kraft äußern und daher für die Zuständigkeit des Gerichtes nicht von Einfluß sein kann, doch für die Zukunft gerade so wirken solle, wie eine schon durch die Klage vorgenommene Verbindung der Ansprüche. Auch ergeben die Motive zu den §§ 56. 57 C. P. O., sowie zu dem § 132 des Entwurfes, welcher dem jetzigen § 138 entspricht, daß man durch diese letztere Bestimmung nicht bloß eine äußerliche Verbindung, sondern eine wirkliche Streitgenossenschaft und die Wirkungen der Klagenkumulation bezweckte. Es ist denn auch in der That kein Grund ersichtlich, weßhalb der Anordnung des Gerichtes nicht dieselbe Wirkung beigelegt werden solle, wie dem Belieben des Klägers oder der verschiedenen Kläger, da das Gericht nur dasjenige thut, was zweckmäßiger Weise dieser oder diese von vornherein hätten thun sollen. (R. G. 11. II. 82.) R. C. VI. (130.) 417.

3. Im Fall einer gerichtsseitig angeordneten Verbindung mehrerer Prozesse ist die Revisionssumme (§ 508) vorhanden, wenn sie sich auch nur bei einer Zusammenrechnung der bei den Beschwerden in Frage kommenden Ansprüche ergibt. Entsch. d. R. G. v. 28. I. 82.

4. Aussetzung der Verhandlung.

§ 139.

§ 139.

Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Theil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, anordnen, daß die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei.

R. Beamten-G. vom 31. März 1873. §§ 150, 155.

Digitized by Google

1. **Das Gericht hat nicht die Befugniß, die Verhandlung eines Rechtsstreites aus Zweckmäßigkeitsrücksichten bis zur Erledigung eines anderen, unter den Parteien anhängigen Rechtsstreites auszusetzen, sondern darf eine Aussetzung des Verfahrens nur in den Fällen verfügen, in welchen sie durch die Vorschriften der C. P. O. oder anderer Gesetze zugelassen ist.** (R. G. 11. II. 81.) R. C. III. (113.) 402.

2. **Die Aussetzung eines Verfahrens bis zur Entscheidung eines anderen gleichzeitig anhängigen Prozesses darf vom Gericht nur in denjenigen Fällen angeordnet werden, in denen sie durch die Vorschriften der C. P. O. oder andere Gesetze zugelassen ist.** Diese Beschränkung ergibt sich nicht nur aus der Bestimmung in § 229 der C. P. O., sondern wird auch von den Motiven als selbstverständlich bezeichnet und ist vom R. G. (Entsch. Bd. 3 S. 402, in Seuffert Arch. Bd. 36 Nr. 237) bereits anerkannt worden. **Nach der Bestimmung des § 139 rechtfertigt sich die Aussetzung im Fall der Abhängigkeit einer Entscheidung von der Feststellung eines Rechtsverhältnisses in einem anderen Rechtsstreit.** Ein solches Abhängigkeitsverhältniß besteht z. B. zwischen der Erbschaftsklage und einem nebenher laufenden Rechtsstreit über die Vorfrage, ob das Testament gültig sei, zwischen der Alimentationsklage und einem gleichzeitig anhängigen Prozeß zur Feststellung der Vaterschaft, (vergl. die Kommentare von Gaupp Bd. 1 S. 393; Petersen 2. Aufl. S. 251; Seuffert 3. Aufl. S. 175; v. Wilmowsky und Levy 4. Aufl. S. 206; Sarwey S. 233), dagegen fehlt es an den Voraussetzungen des § 139, wenn nur eine Rechtsfrage streitig ist, deren Beantwortung in zwei neben einander herlaufenden Prozessen von Bedeutung wird. Beschluß des O. L. G. zu Dresden v. 27. Jan. 1886. Annalen des O. L. G. zu Dresden Bd. 7 S. 473. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 60 S. 88. 89.

3. Nach § 139 kann das Gericht die Verhandlung bis zur Erledigung eines anderen anhängigen Rechtsstreites aussetzen, „wenn die Entscheidung des Rechtsstreites ganz oder zum Theil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand dieses anderen anhängigen Rechtsstreites bildet.“ Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn in dem bereits anhängigen Prozesse über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Obligationsverhältnisses, welches den Klaggrund des auszusetzenden Rechtsstreites bildet oder für diesen präjudiziell ist, in einer der Rechtskraft fähigen Weise materiell entschieden werden muß. Allein neben dieser Voraussetzung ist für die Anwendbarkeit des § 139 wesentlich, daß in beiden Prozessen nicht derselbe Streitgegenstand vorliegt, beide vielmehr verschiedene Ansprüche zum Gegenstand haben, daß das Verhältniß beider Prozesse also nicht ein solches ist, daß aus der Anhängigkeit des Anspruches die Einrede der Rechtshängigkeit in dem zweiten Prozesse entstehen würde. **Behauptet der Beklagte, der in dem zweiten Rechtsstreite geltend gemachte Anspruch sei bereits in einem noch anhängigen Prozesse vom Kläger erhoben worden, und setzt er, gestützt auf die §§ 247. 248 C. P. O., der zweiten Klage die Einrede der Rechtshängigkeit als prozeßhindernde entgegen, mit der Weigerung der Verhandlung zur Hauptsache und dem Antrage auf besondere Verhandlung über die Einrede, so muß das Gericht über diese Einrede in Gemäßheit der Vorschrift in § 248 C. P. O. durch Urtheil, nach vorgängiger Verhandlung, entscheiden,**

Digitized by Google

und ist nicht befugt, auf Grund des § 139 die Verhandlung auszusetzen. Denn diese Verfügung setzt voraus, daß die Behauptung des Beklagten, in dem früheren, noch anhängigen Prozesse sei der jetzt eingeklagte Anspruch geltend gemacht, unrichtig sei. Hierüber kann aber nur nach vorgängiger Verhandlung entschieden werden, und es kann die Einrede des Beklagten nicht dadurch beseitigt werden, daß das Gericht die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen anhängigen Rechtsstreites aussetzt. (R. G. 11. II. 81.) R. C. III. (113.) 403.

4. Es steht nichts entgegen, den § 139 der C. P. O. auch in dem Falle anzuwenden, wenn zwar die Entscheidung des Rechtsstreites zur Zeit nicht von dem Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreites bildet, durch welchen das fragliche Recht nur für die Zukunft in Frage gestellt wird, gleichwohl aber **anzunehmen ist, daß durch die in dem letzteren Verfahren ergehende Entscheidung der anhängige Rechtsstreit keine Erledigung finden werde.** (R. G. 21. IV. 85.) U. u. A. II. (54.) 102. 103.

5. **Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung eines anhängigen schiedsrichterlichen Verfahrens.** Der § 139 setzt bloß Anhänglichkeit des anderen Rechtsstreits voraus, diese liegt aber für den im schiedsrichterlichen Verfahren zum Austrag zu bringenden Rechtsstreit dann vor, wenn letzteres vor den ernannten Schiedsrichtern im Gange ist. Ueberhaupt kann von vornherein nicht angenommen werden, daß der § 139 bei seiner Intention, zwecklosen Prozeßführungen und widerstreitenden Entscheidungen vorzubeugen, das schiedsrichterliche Verfahren habe ausschließen wollen, da auch der Schiedsspruch die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urtheils hat (§ 866 der C. P. O.). Urtheil des O. L. G. zu Jena v. 18. Dez. 1884. Bl. f. Rechtspflege in Thüringen ꝛc. Bd. 33 S. 160. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 61 S. 89.

6. **Ein Revisionsgrund kann darin gefunden werden, daß das Berufungsgericht die auf Grund von § 139 C. P. O. beantragte Aussetzung der Verhandlung aus einem rechtsirrigen Grunde abgelehnt hat.** (R. G. 7. III. 87.) R. C. XVIII. (39.) 186.

5. Aufhebung der Trennung, Verbindung und Aussetzung.

§ 140.

§ 140.

Das Gericht kann, wenn sich im Laufe eines Rechtsstreits der Verdacht einer strafbaren Handlung ergibt, deren Ermittelung auf die Entscheidung von Einfluß ist, die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens anordnen.

1. **Voraussetzungen für die Aussetzung der Verhandlung nach § 140 sind,** daß sich ersehen läßt, worin die strafbare Handlung besteht, und daß solche auf die Entscheidung des betreffenden Prozesses von Einfluß ist. Der bloße Vorwurf einer strafbaren Handlung überhaupt genügt nicht. (R. G. 9. VII. 84.) R. C. XV. (123.) 427. 428.

2. **Die Vorschrift des § 140 C. P. O. über die Aussetzung der Verhandlung bis zur Beendigung eines betreffenden Strafverfahrens ist auch im Urkunden- und Wechselprozesse anwendbar.** Die allgemeinen Bestimmungen des ersten Buches der Civilprozeßordnung können allerdings für den Urkundenprozeß nur insoweit zur Anwendung kommen,

Digitized by Google

als sie mit den für diese Prozeßart gegebenen besonderen Vorschriften vereinbart sind. Eine gemäß § 140 a. a. O. angeordnete Aussetzung der Verhandlung kann in ihrem Erfolge allerdings der einen oder anderen Partei für ihre Beweisführung zu statten kommen; allein der Paragraph bezweckt nicht, den Parteien ein Hilfsmittel für die Vorbereitung ihrer Beweisführung zur Disposition zu stellen. Er gibt nicht den Parteien ein Antragsrecht, sondern legt nur dem Gerichte eine Befugniß bei, welche dasselbe unabhängig von etwaigen Parteianträgen nach seinem freien Ermessen von Amts wegen auszuüben hat. Die einzige Voraussetzung der Statthaftigkeit dieser Befugniß ist dahin aufgestellt, daß sich im Laufe des Rechtsstreites der Verdacht einer strafbaren Handlung ergeben habe, deren Ermittelung für die Entscheidung von Einfluß sei. Und da diese Voraussetzung auch in einem Urkundenprozesse eintreten kann, so ist kein Grund vorhanden, die Anwendbarkeit des § 140 a. a. O. für den Urkundenprozeß zu verneinen. (R. G. 5. V. 85.) R. C. XIII. (100.) 377. 378. S. auch S. A. XL. bezw. X. (313.) 450. 451.

3. **Die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens findet nach § 140 C. P. O. in der Revisionsinstanz nicht statt.** Da nach der Natur des Rechtsmittels der Revision die Beurtheilung des Revisionsgerichtes sich darauf beschränkt, ob eine Verletzung von Rechtsnormen stattgefunden habe, so kann der Umstand, daß eine dem Berufungsurtheile zum Grunde liegende Zeugenaussage sich als falsch herausstellt, auf die Entscheidung des Revisionsgerichtes Einfluß nicht üben. Ein anderes Ergebniß ist auch nicht zu gewinnen, wenn man die Bestimmungen der Civilprozeßordnung über die Wiederaufnahme des Verfahrens § 543 Nr. 3 § 544 heranzieht. Daraus, daß sogar nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheiles mittels einer Restitutionsklage die Beseitigung desselben herbeigeführt werden kann, wenn es sich herausstellt, daß ein demselben zum Grunde liegendes Zeugniß unter Verletzung der Eidespflicht abgelegt worden ist, kann nicht gefolgert werden, daß um so mehr vor Eintritt der Rechtskraft des Berufungsurtheiles eine darin enthaltene nach § 524 a. a. O. für die Revisionsinstanz maßgebende thatsächliche Feststellung mittels einer Entscheidung des Revisionsgerichtes beseitigt werden könne, wenn sich bezüglich eines dieser Feststellung zum Grunde liegenden Zeugnisses eine Verletzung der Eidespflicht herausstellt. Sollte dem Revisionsgerichte eine derartige Entscheidung zustehen, wofür vielleicht Zweckmäßigkeitsrücksichten angeführt werden könnten, so hätte es einer deßfallsigen Bestimmung in der Civilprozeßordnung bedurft, weil die Geltendmachung des gedachten Restitutionsgrundes als Revisionsgrund aus der Natur der Revision nicht folgt, vielmehr derselben widerstreitet. Eine Bestimmung solchen Inhaltes findet sich aber in der Civilprozeßordnung nicht allein nicht, sondern dieselbe enthält Vorschriften, aus denen ersichtlich ist, daß die Möglichkeit, den Restitutionsgrund des § 543 Nr. 3 a. a. O. in der Restitutionsinstanz geltend zu machen, für ausgeschlossen erachtet wird. Dies ergibt sich aus § 545 a. a. O., wo die Möglichkeit, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren durch Einspruch oder Berufung oder Anschließung an eine Berufung geltend zu machen, nicht aber die Möglichkeit der Geltendmachung desselben durch Revision oder Anschließung an eine Revision erwähnt ist; ferner aus

Digitized by Google

§ 547 a. a. O., wo für den Fall der Anfechtung eines in der Revisionsinstanz erlassenen Urtheiles auf Grund des § 543 Nr. 3 a. a. O. nicht das Revisionsgericht, sondern das Berufungsgericht als das für die Restitutionsklage zuständige Gericht bezeichnet wird. (R. G. 17. XI. 83.) R. C. XI. (92.) 366. 367. A. IX. (35.) 171. 172.

4. **Gegen einen nach § 140 C. P. O. gefaßten Beschluß findet das Rechtsmittel der Beschwerde statt**, denn § 229 C. P. O. gewährt gegen jeden, die Aussetzung des Verfahrens anordnenden Beschluß das Rechtsmittel der Beschwerde. (R. G. 9. VII. 84.) R. C. XV. (123.) 427.

§ 141. § 141.

Das Gericht kann die von ihm erlassenen, eine Trennung, Verbindung oder Aussetzung betreffenden Anordnungen wieder aufheben.

§ 274.

6. Wiedereröffnung des Verfahrens.

§ 142. § 142

Das Gericht kann die Wiedereröffnung einer Verhandlung, welche geschlossen war, anordnen.

§ 272 Abs. 2.

Unzulässigkeit der Wiedereröffnung der Verhandlung zwecks Vorbringens neu entdeckter Thatsachen oder Beweismittel. Nach § 256 der C. P. O. können Beweismittel — ebenso wie nach § 251 Angriffs- und Vertheidigungsmittel — nur bis zum Schluß derjenigen mündlichen Verhandlung vorgebracht werden, auf welche das Urtheil ergeht. Nach dem Schluß einer Verhandlung ist daher die Geltendmachung weiterer Beweismittel nur dann zulässig, wenn auf dieselbe das Urtheil *nicht* ergeht, bezw. rücksichtlich derjenigen Punkte, welche durch dieses Urtheil nicht erledigt werden. Allerdings gibt der § 142 dem Gericht die Befugniß, die Wiedereröffnung einer schon geschlossenen Verhandlung anzuordnen, wodurch den Parteien auf's Neue die Gelegenheit zum Vorbringen weiterer Angriffs-, Vertheidigungs- und Beweismittel eröffnet wird. Aber jene Befugniß des Gerichts ist doch im Hinblick auf die Bestimmungen der §§ 251, 256 in der Beschränkung zu verstehen, daß nur aus der stattgehabten und geschlossenen Verhandlung selbst die Veranlassung zur Wiedereröffnung derselben entnommen werden darf, und wenn das Gericht eine solche Veranlassung nicht findet, so erscheint es nicht statthaft, auf Grund von Mittheilungen, welche eine Partei nach Schluß der Verhandlung dem Gericht hat zugehen lassen, die Wiedereröffnung der Verhandlung dennoch eintreten zu lassen. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg v. 23. Febr. 1886. In der Rev.-Instanz wurde diese Entscheidung und ihre Begründung gebilligt und weiter ausgeführt: **Die Befugniß zur Wiedereröffnung der Verhandlung, welche § 142 C. P. O. dem Gerichte einräumt, ist in der Beschränkung zu verstehen, daß nur aus der stattgehabten und geschlossenen Verhandlung selbst die Veranlassung zur Wiedereröffnung derselben entnommen werden darf.** Zwar ist es richtig, daß im § 142 dem Gerichte diese Befugniß ohne Beschränkung eingeräumt und insbesondere nicht ausgesprochen ist, daß dieselbe nur zu dem Zwecke ausgeübt werden dürfe, das während der mündlichen Verhandlung nicht oder ungenügend ausgeübte richterliche Fragerecht nachträglich auszuüben. Wenn auch nach den Motiven zum § 136 des dem Reichstage vorgelegten Entwurfes der Civilprozeßordnung und nach

Digitized by Google

den ihnen zum Grunde liegenden Verhandlungen (vgl. Protokolle der Kommission des Norddeutschen Bundes Bd. 1 S. 305), die Befugniß der Wiederaufnahme der Verhandlung dem Gerichte deßhalb beigelegt worden ist, um die nachträgliche Ausübung des richterlichen Fragerechtes zu ermöglichen, so ist doch eine diesem Zwecke entsprechende Einschränkung der Befugniß in das Gesetz nicht aufgenommen worden. Indessen ergibt sich eine Beschränkung derselben mit Nothwendigkeit aus dem der Civilprozeßordnung zum Grunde liegenden Prinzipe der Mündlichkeit. Die Prüfung, ob die stattgehabte Verhandlung eine genügende Grundlage für das zu fällende Urtheil abgebe, oder ob deren Vervollständigung vor Beschließung des Urtheiles nothwendig oder zweckdienlich sei, bildet als Erörterung einer Vorfrage einen Bestandtheil der Prüfung der Sache selbst. Es gilt daher von ihr wie von dem Urtheile überhaupt der Grundsatz, daß die Entscheidung nur auf das gegründet werden darf, was Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist. Aus diesem Grundsatz folgt einerseits, daß neue Thatsachen und Beweismittel, deren Vorbringung die §§ 251. 256. 485. 491 C. P. O. gestattet, nur bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden können, und andererseits, daß neue Thatsachen und Beweismittel, welche erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung zur Kenntniß des Gerichtes gebracht worden sind, oder darauf gestützte Anträge der Parteien nicht geeignet sind, die Wiedereröffnung der Verhandlung zu rechtfertigen. Wenn auch *nach* Wiedereröffnung der Verhandlung die mit Schluß der früheren Verhandlung eingetretene Ausschließung der in derselben nicht geltend gemachten Angriffs- oder Vertheidigungsmittel und Beweismittel oder Beweiseinreden die Geltendmachung derselben in der wiedereröffneten Verhandlung nicht hindert, so kann doch die Frage, *ob* die Verhandlung wiederzueröffnen sei, nur nach dem in der stattgehabten und geschlossenen Verhandlung Vorgekommenen entschieden werden. Wenn von einigen Erklärern der Civilprozeßordnung (*Gaupp*, Bd. 1 S. 401 Anm. 1; *Seuffert*, 3. Aufl. zu § 144; *Sarwey*, Bd. 1 S. 237; *Hellmann*, Bd. 1 S. 448) die Behauptung, daß auch nach Schluß der Verhandlung eingetretene Umstände die Wiedereröffnung der Verhandlung rechtfertigen können, damit begründet wird, daß der Abgang eines der Richter, vor welchem die Verhandlung stattgefunden hat, nach Schluß der Verhandlung und vor Entscheidung der Sache die Wiedereröffnung der Verhandlung zur Folge haben müsse, so ist verkannt, daß in diesem Falle es sich nicht um Wiedereröffnung der geschlossenen Verhandlung, sondern um eine neue Verhandlung handelt, indem das anders besetzte Gericht nicht auf Grund der früheren und der fortgesetzten, sondern lediglich auf Grund der vor ihm vorzunehmenden vollständigen und neuen Verhandlung zu erkennen hat. Auch in dem Falle, daß eine Partei nach Schluß der mündlichen Verhandlung und vor Verkündung des Urtheils solche Beweismittel entdeckt, wegen welcher sogar nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils die Wiederaufnahme des Verfahrens gefordert werden kann, findet die Wiedereröffnung der geschlossenen Verhandlung nach § 142 a. a. O. nicht statt. Es mag in diesem Falle die Partei berechtigt und durch § 545 C. P. O. genöthigt sein, durch Ladung der Gegenpartei zur Fortsetzung des Verfahrens eine Aussetzung des Urtheiles und weitere Verhandlung

Digitized by Google

herbeizuführen; dagegen tritt in diesem Falle die durch § 142 anerkannte Befugniß des Gerichtes, von Amts wegen die Wiedereröffnung einer geschlossenen Verhandlung anzuordnen, nicht ein. Daher ist auch dieser Fall nicht geeignet, die Annahme zu erschüttern, daß die Veranlassung zur Wiedereröffnung der Verhandlung nach § 142 a. a. O. nur aus der stattgehabten und geschlossenen Verhandlung entnommen werden darf. (R. G. 26. VI. 86.) R. C. XVI. (103.) 417—420. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 62 S. 90—92.

§ 143.

§ 143.

Das Gericht kann Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen, denen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrage mangelt, den weiteren Vortrag untersagen.

§ 127.

Das Gericht kann Bevollmächtigte und Beistände, welche das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, zurückweisen.

Eine Anfechtung dieser Anordnungen findet nicht statt.

Auf Rechtsanwälte finden die Vorschriften dieses Paragraphen keine Anwendung.

Abs. 1. Ein aus einem Wechsel als Girant oder Inkassomandatar zu selbständiger Klage Berechtigter darf nicht deßhalb als Partei zurückgewiesen werden, weil der Verdacht besteht, daß er den Prozeß nur als Winkelkonsulent führe, sondern nur dann, wenn ihm die Fähigkeit zu geeignetem Vortrag mangelt. (R. G. 8. XI. 81.) A. IV. (146.) 515—517.

§ 144.

§ 144.

Ist eine bei der Verhandlung betheiligte Person zur Aufrechthaltung der Ordnung von dem Orte der Verhandlung entfernt worden, so kann auf Antrag gegen sie in gleicher Weise verfahren werden, als wenn sie freiwillig sich entfernt hätte. Dasselbe gilt in den Fällen des vorhergehenden Paragraphen, sofern die Untersagung oder Zurückweisung bereits bei einer früheren Verhandlung geschehen war.

§ 298, 295, 296, 143.

Sitzungsprotokoll.

§ 145.

§ 145.

Ueber die mündliche Verhandlung vor dem Gerichte ist ein Protokoll aufzunehmen.

Das Protokoll enthält:

1. den Ort und den Tag der Verhandlung;
2. die Namen der Richter, des Gerichtsschreibers und des etwa zugezogenen Dolmetschers;
3. die Bezeichnung des Rechtsstreits;
4. die Namen der erschienenen Parteien, gesetzlichen Vertreter, Bevollmächtigten und Beistände;
5. die Angabe, daß öffentlich verhandelt oder die Oeffentlichkeit ausgeschlossen ist.

Formale Mängel des Protokolles über die mündliche Verhandlung sind nach § 267 zu rügen, indem außerdem das Rügerecht erlischt. (R. G. 19. X. 85.) R. C. XIV. (108.) 383.

§ 146.

§ 146.

Der Gang der Verhandlung ist nur im Allgemeinen anzugeben.

Durch Aufnahme in das Protokoll sind festzustellen:

1. die Anerkenntnisse, Verzichtleistungen und Vergleiche, durch welche der geltend gemachte Anspruch ganz oder theilweise erledigt wird;
2. die Anträge und Erklärungen, deren Feststellung vorgeschrieben ist;
3. die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen, sofern dieselben früher nicht abgehört waren oder von ihrer früheren Aussage abweichen;
4. das Ergebniß eines Augenscheins;

Digitized by Google

5. die Entscheidungen (Urtheile, Beschlüsse und Verfügungen) des Gerichts, sofern sie nicht dem Protokolle schriftlich beigefügt sind;
6. die Verkündung der Entscheidungen.

Der Aufnahme in das Protokoll steht die Aufnahme in eine Schrift gleich, welche dem Protokolle als Anlage beigefügt und als solche in demselben bezeichnet ist.

§§ 269, 270, 470, 569.

1. **Die C. P. O. kennt keine „Beurkundungen" im Urtheilssatz.** (R. G. 20. XI. 84.) U. u. A. I. (123.) 199.

2. **Ziff. 1. Ein Anerkenntniß ꝛc. bedarf, um prozessuale Wirkungen nach sich zu ziehen, nicht der Feststellung im Sitzungsprotokolle.** In § 146 Ziff. 1 C. P. O. ist zwar die Vorschrift enthalten, daß Anerkenntnisse, Verzichtleistungen und Vergleiche durch Aufnahme in das Protokoll festgestellt werden müssen; allein damit ist nicht gesagt, daß diese Erklärungen nur durch das Protokoll bewiesen werden können; eine solche Vorschrift gibt das Gesetz (§ 150) nur betreffs des Beweises der Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Formalitäten, im Uebrigen entscheiden aber die Bestimmungen über die Beweiskraft des Thatbestandes (§§ 285. 291. 292 C. P. O.). (R. G. 15. VI. 83.) R. C. X. (112.) 367.

3. **Die Bestimmung in § 146 Ziff. 1 der Civilprozeßordnung hat nicht den Sinn, daß Anerkenntnisse nur durch das Protokoll bewiesen werden können,** eine solche Vorschrift enthält vielmehr das Gesetz in § 150 der Civilprozeßordnung bloß in Betreff des Beweises der Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten, während im Uebrigen die Bestimmungen über die Beweiskraft des Thatbestandes (§§ 285. 291 und 292 der Civilprozeßordnung) entscheiden. (Entscheid. des Reichsger. in Civilsachen Bd. X S. 367.) — (B. O. L. 11. X. 84.) S. X. (194) 524. 525. (B. O. L. 4. V. 86.) S. XI. (163.) 425. 426.

4. **Ziff. 3.** Das Protokoll ist allerdings nicht dazu bestimmt, jedes gesprochene Wort zu fixiren, sondern es soll vielmehr nur das Ergebniß der Verhandlung in knapper Form darstellen. **Zu dem Ergebnisse eines aufgenommenen Sachverständigenbeweises gehört** aber **auch die thatsächliche und technische Grundlage, auf welcher der Ausspruch der Sachverständigen beruht, und welche den Richter in den Stand setzen soll, das Gutachten zu kontrolliren und auf den demselben für seine Ueberzeugung beizulegenden Werth zu prüfen.** Wenn nun diese Grundlage in dem Protokolle nicht oder nur unvollständig aufgenommen ist, auch die aus dem Protokolle sich ergebende Motivirung des Gutachtens und damit zugleich das Gutachten selbst von demjenigen, was in dem Urtheile festgestellt ist, abweicht, so darf sich das Berufungsgericht prozessualisch nicht für ermächtigt erachten, seiner Beweiswürdigung ohne weiteres auch diejenigen, von ihm selbst als wesentlich angesehenen Momente zum Grunde zu legen, über welche sich aus dem Protokolle nichts ergibt, welche vielmehr lediglich auf der in dem Urtheile gegebenen Darstellung beruhen. (R. G. 21. II. 85.) R. C. XIII. (116.) 422. 423. S. hierüber auch noch bei § 259 und § 377 eodem.

5. **Ziff. 6. Die Verkündung der Entscheidungen gehört zu der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeit.** Das auf mündlicher Verhandlung beruhende Verfahren bedingt nothwendig, daß alles, was auf Grund mündlicher Verhandlung angeordnet wird, mündlich zu

Digitized by Google

eröffnen ist, und daß daher auch Urtheile verkündet werden müssen, um nach außen rechtliche Existenz zu erlangen. S. noch bei § 150 (R. G. 18. III. 86). R. C. XVI. (74.) 331.

6. **Zur Nachweisung der Verkündung genügt die Angabe im Sitzungsprotokolle, das Urtheil sei „erlassen".** Es ist kein Grund vorhanden, die Vorschrift des § 146 Nr. 6 C. P. O. in diesem buchstäblichen Sinne zu verstehen; vielmehr erscheint es genügend, wenn mit anderen Worten die Handlung, in welcher nach § 282 die Verkündung des Urtheiles besteht, im Protokolle bekundet ist. Wenn nun auch der Ausdruck Verkündung als der geeignetste zur Bezeichnung dieser Handlung erscheint, so ist doch auch der Ausdruck, das Urtheil sei erlassen, zur Bezeichnung derselben nicht schlechthin ungeeignet. Denn wie man bei Gesetzen unter dem Erlassen derselben die Gesammtheit der zum Inkrafttreten des Gesetzes erforderlichen Handlungen einschließlich der Verkündung zu verstehen pflegt, so bedeutet auch bei Urtheilen das Erlassen derselben die Gesammtheit der zum Inkrafttreten des Urtheiles erforderlichen Handlungen, und es unterliegt keinem Zweifel, daß insbesondere die Civilprozeßordnung, wo sie wie in den §§ 272. 273. 295. 430. 472. 507 diesen Ausdruck gebraucht, darunter außer der Beschließung auch die Verkündung versteht, durch welche gemäß dem Grundsatze der Mündlichkeit des Verfahrens das Urtheil gegenüber den Parteien zur Entstehung gelangt. (R. G. 9. II. 87.) R. C. XVII. (105.) 420—421.

§ 147.

§ 147.

Die Feststellung der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen kann unterbleiben, wenn die Vernehmung vor dem Prozeßgericht erfolgt und das Endurtheil der Berufung nicht unterliegt. In diesem Falle ist in dem Protokolle nur zu bemerken, daß die Vernehmung stattgefunden habe.

1. Aus dem Prinzipe der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und freien Beweiswürdigung folgt die — im § 320 a. a. O. aufgestellte — Regel, daß die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte erfolgt, sodaß die Beweisaufnahme vor einem Mitgliede des Prozeßgerichtes oder vor einem anderen Gerichte die Ausnahme bildet. **Die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen müssen, die Vernehmung mag vor dem ersuchten oder beauftragten Richter oder vor dem Prozeßgerichte erfolgen, durch ein Protokoll festgestellt werden** (§§ 146. 151. 327. 340 C. P. O.). Von dieser Regel gestattet der § 147 C. P. O. eine Ausnahme und befreit von der Feststellung durch das Protokoll, wenn die Vernehmung vor dem Prozeßgerichte erfolgt und das Endurtheil der Berufung nicht unterliegt. Es genügt dann die Bemerkung, daß die Vernehmung stattgefunden hat. Es kann nun zugegeben werden, daß nicht jede Unterbrechung und Vertagung der mündlichen Verhandlung, in welcher die Vernehmung der Zeugen erfolgt ist, zu einer Protokollirung der Zeugenaussagen nöthigt und die Anwendung des § 147 C. P. O. ausschließt — die Grenze muß eine verständige Leitung der Verhandlung finden — aber soviel steht fest und **folgt aus dem Prinzipe der Unmittelbarkeit und der freien Beweiswürdigung, daß das Urtheil gefällt werden muß von demjenigen Richterkollegium, vor welchem — ohne Protokollirung — die Beweisaufnahme stattgefunden hat.** In dieser Beziehung muß eine Kontinuität des Verfahrens stattfinden und das Resultat der Beweisaufnahme, statt durch die Schrift, durch das

Digitized by Google

Gedächtniß der Richter und der Vertreter der Partei fixirt und zum Thatbestande des Urtheiles gebracht werden. Mit einem Worte, das Gesetz hat eine Vernehmung der Zeugen vor dem „erkennenden" Gerichte im Sinne, insofern es die Wissenschaft des Kollegiums durch eigenes Hören an die Stelle des Protokollirens setzt. Wenn nun auch in diesem Falle — wie in jedem anderen — die Parteien über das Ergebniß der Beweisaufnahme unter Darlegung des Streitverhältnisses zu verhandeln haben, und wenn hierbei auch die nicht protokollirte Zeugenaussage ihren Platz findet, so dient doch in diesem Falle die eigene Wissenschaft der Richter als einzige Kontrolle für die Richtigkeit des Vertrages, während sonst das Ergebniß auf Grund der Beweisverhandlungen dargelegt und kontrollirt wird (§ 258 C. P. O.). Diese Kontrolle fehlt aber und ist nicht zu ergänzen, wenn das erkennende Gericht anders zusammengesetzt ist, als das Gericht, vor welchem — ohne Beurkundung — die Beweisaufnahme stattgefunden hat. Die Wissenschaft wohnt dann nicht dem Richterkollegium in seiner Gesammtheit, sondern nur einzelnen Personen desselben inne, und das ist für eine geordnete Rechtsprechung keine genügende Garantie. **Ist also das Richterkollegium für den Akt der Beweisaufnahme zum Theil anders besetzt gewesen, als das Richterkollegium, welches demnächst das Urtheil gesprochen hat, so ist das Verfahren in seinem fundamentalen Prinzipe der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und der freien richterlichen Beweiswürdigung erschüttert, und muß dieser Mangel zur Aufhebung eines hierauf erlassenen Urtheiles führen.** (S. hierüber namentlich auch noch bei § 280 ad R. C. XIV. (107.) 379 ff.) — (R. G. 19. X. 85.) R. C. XIV. (108.) 383—387.

2. **Von der Regel, daß Zeugenaussagen zu protokolliren sind, enthält der § 147 der R. C. P. O. eine Ausnahme.** Erfolgt nämlich die Vernehmung vor dem Prozeßgerichte, und unterliegt das Endurtheil nicht der Berufung, so kann die Feststellung der Zeugenaussagen unterbleiben. In dem Protokolle ist für diesen Fall nur zu bemerken, daß die Vernehmung stattgefunden hat. Daß die Vorschrift des § 147 a. a. O. eine Ausnahme von der Regel des § 146 Nr. 3 a. a. O. bildet, läßt sich nach den legislatorischen Verhandlungen, welche dem Erlasse des Gesetzes vorausgegangen sind, nicht bezweifeln. Seitens der Regierungen ist in der Reichstagskommission die Erwartung ausgesprochen, daß bei einer Vertagung der Verhandlung die Protokollirung der Zeugenaussagen die Regel bilden werde (Prot. S. 56). Das Gesetz hat, wie bereits früher vom Reichsgerichte ausgesprochen ist (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 14 S. 386), eine Vernehmung der Zeugen vor dem erkennenden Richter im Sinne und setzt die Wissenschaft des Kollegiums durch eigenes Hören an die Stelle des Protokollirens. An einer Vorschrift, wonach der erkennende Richter den Wortlaut der Zeugenaussagen in derselben Weise, wie dies durch das Protokoll geschieht, feststellen solle, fehlt es. Der § 147 a. a. O. sagt vielmehr: „Die Feststellung der Aussagen der Zeugen kann unterbleiben, wenn ꝛc.". Es wird deßhalb dem Gesetze genügt, wenn der Richter den Inhalt der Aussagen, wie er ihn von Mund zu Ohr aufgefaßt hat, als Grundlage für die von ihm getroffenen thatsächlichen Feststellungen in seinem Urtheile wiedergibt. Daraus folgt einerseits, wie das Reichsgericht bereits mehrfach erkannt hat (vgl. Entsch. des

Digitized by Google

R. G.'s in Civils. Bd. 14 S. 379. 383; Gruchot, Beiträge Bd. 30 S. 727; Seuffert, Archiv Bd. 41 Nr. 245), daß die Ausnahmebestimmung des § 147 a. a. O. nur dann Anwendung findet, wenn das Endurtheil von demselben Kollegium erlassen wird, vor dem die Zeugenvernehmung stattgefunden hat, und andererseits, daß die Feststellung des Inhaltes der Aussagen durch den erkennenden Richter nicht die Bedeutung einer protokollirten und den Zeugen selbst zur Erklärung mitgetheilten Zeugenaussage besitzt. **Wird also das Urtheil, in welchem die Feststellung getroffen ist, aufgehoben, so kann bei einer neuen Verhandlung das Ergebniß des früher aufgenommenen Zeugenbeweises nicht durch Verlesung der richterlichen Feststellung des Inhalts der Zeugenaussagen dargethan werden.** Dies gilt namentlich, wenn das Kollegium, vor welchem die neue Verhandlung stattfindet, auch nur theilweise anders als das frühere besetzt ist. Ob bei unveränderter Besetzung andere Grundsätze eintreten, und es für zulässig erachtet werden kann, daß die Richter aus ihrer Erinnerung die jedenfalls nothwendige neue Feststellung des Inhalts der Aussagen vornehmen dürfen, bedarf hier keiner Erörterung. (Vgl. Entscheidungen des R. G.'s in Civils. Bd. 14 S. 382.) An den hiernach für richtig zu erachtenden Grundsätzen über die Aufnahme des Zeugenbeweises wird auch nichts durch den Umstand geändert, daß der Berufungsrichter die Feststellung der Aussagen in den Thatbestand seines Urtheils aufnimmt. Denn eine Vorschrift, wonach dies geschehen soll, enthält die Civilprozeßordnung nicht. Handelt es sich aber nicht um einen nothwendigen Bestandtheil des Thatbestandes (§ 284 a. a. O.), so können auch die Vorschriften über die Beweiskraft desselben, welche für das mündliche Parteivorbringen getroffen sind, keine Anwendung finden (§ 285 a. a. O.). (Wie die Sache zu beurtheilen wäre, wenn die Parteien den aus dem aufgehobenen Urtheil vorgetragenen Inhalt der Zeugenaussagen als richtig und maßgebend anerkannt, oder auf eine neue Vernehmung der Zeugen verzichtet hätten, ist hier nicht erörtert.) Es ist vielmehr anzunehmen, daß im gegebenen Falle ein Zeugenbeweis nicht erhoben ist, und daß die demnach auf Grund des Zeugenbeweises vom Berufungsrichter getroffene Feststellung gegen Prozeßgrundsätze verstößt, mithin das Urtheil der Aufhebung unterliegt. Daß ein solcher Verstoß durch das Unterlassen einer Rüge (gemäß § 267 C. P. O.) nicht geheilt wird, hat das Reichsgericht schon früher entschieden. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 14 S. 382.) (R. G. 22. XII. 86.) R. C. XVII. (85.) 344—348.

3. **Es ist nicht statthaft, das Berufungsurtheil auf den seitens der Parteien vorgetragenen angeblichen Inhalt der Aussage eines Zeugen zu gründen, welcher in einer früheren mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz ohne Protokollirung der Aussage vernommen war, wenn ein Mitglied des erkennenden Berufungsgerichtes in jener früheren mündlichen Verhandlung als Richter nicht mitgewirkt hat.** (R. C. XIV. (108.) 383.) — (R. G. 8. VII. 85.) S. hierüber bei § 280 ad R. C. XIV. (107.) 379—383.

4. S. hierüber noch bei § 259 ad (R. G. 21. II. 85) R. C. XIII. (116.) 421. 422.

Digitized by Google

§ 148. **§ 148.**

Das Protokoll ist insoweit, als es die Nr. 1—4 des § 146 betrifft, den Betheiligten vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen. In dem Protokolle ist zu bemerken, daß dies geschehen und die Genehmigung erfolgt sei oder welche Einwendungen erhoben sind.

1. Das Sitzungsprotokoll ist seinem Wesen nach eine öffentliche Beweisurkunde über die in der Gerichtssitzung stattgehabten Vorkommnisse. Der Umstand, daß das Sitzungsprotokoll in der einen oder anderen Beziehung nachweisbar Unrichtiges beurkunden sollte, hat deßhalb nicht nothwendig Einfluß auf die Giltigkeit der einem richterlichen Urtheile vorhergehenden Verhandlungen oder auf den Rechtsbestand des Urtheils, vielmehr kommt es vor dem Revisionsgerichte nur darauf an, ob die richterliche Entscheidung selbst auf einer Gesetzesverletzung beruht oder nicht. (R. C. P. O. § 511—513.) Die vor dem versammelten Gerichte erhobenen Zeugenaussagen blieben aber deßhalb, weil sie den Betheiligten, also den Zeugen sowie den anwesenden Parteivertretern, nach den Aufzeichnungen im Sitzungsprotokolle nicht vorgelesen oder zur Durchsicht vorgelegt wurden, nichtsdestoweniger ein geeignetes Mittel, die Auffassung des Gerichts für Entscheidung einer Rechtssache zu bestimmen. Insbesondere erscheint auch ein Berufungsgericht, vor welchem die Vernehmung der Zeugen erfolgt ist, und welches sohin unmittelbare Kenntniß von dem Inhalte ihrer Aussagen erlangt hat, bei Prüfung des sachlichen Beweiswerthes der Letzteren nicht auf die bezüglichen Feststellungen im Sitzungsprotokolle angewiesen, wie schon daraus sich ergibt, daß nach Anleitung des § 147 a. a. O. die Feststellung der Aussagen von Zeugen und Sachverständigen unterbleiben kann, wenn die Vernehmung vor dem Prozeßgerichte stattfindet und das Endurtheil der Berufung nicht unterliegt, welche letztere Voraussetzung bei allen zweitrichterlichen Endurtheilen zutrifft. Es ist daher überhaupt der Ansicht derjenigen Kommentatoren beizupflichten, welche — wie Endemann „Der deutsche Civilprozeß" Bd. 1 S. 510— der **Bestimmung des § 148, daß die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen den Betheiligten vorgelesen oder zur Durchsicht vorgelegt werden sollen, lediglich instruktionelle Bedeutung** zugestehen, so daß deren Nichtbefolgung den Rechtsbestand eines später auf Grund der Zeugenaussagen ergangenen Urtheils nicht unbedingt gefährden muß. Es mag allerdings aus dem Inhalte des § 148 die gesetzliche Regel gefolgert werden, daß das Sitzungsprotokoll während der Verhandlung aufzunehmen ist, und am Schluß der Sitzung in derjenigen Fertigung vorliegen muß, welche die sofortige Beisetzung der nach § 149 Abs. 1 erforderlichen Unterschriften ermöglicht; im Sinne der Gesetzgebung war es jedoch nicht gelegen, diese Regel als eine für alle Fälle geltende, sohin ausnahmslose aufzustellen. Bei Berathung des Entwurfes der Civilprozeßordnung durch die hierfür niedergesetzte Kommission wurde in der zweiten Lesung von einem Abgeordneten der Antrag gestellt, dem § 140 des Entwurfes (jetzt § 146 des Gesetzes) einen Zusatz beizufügen, welcher der Landesgesetzgebung vorbehält, die stenographische Niederschrift der Verhandlung durch verpflichtete Stenographen anstatt des Protokolles durch den Gerichtsschreiber zuzulassen. Aus Anlaß dieses Antrages ist die Art der Aufnahme des Sitzungsprotokolles von der Kommission in näheren Betracht gezogen worden, und äußerte sich hierbei insonderheit ein anderer Abgeordneter,

Digitized by Google

ohne in diesem Punkte von irgend einer Seite Widerspruch zu finden, dahin: „der Landesgesetzgebung sei es selbstverständlich unbenommen, Gerichtsschreiber anzustellen, welche stenographiren können. Sei dieses der Fall und arbeite in einzelnen dazu besonders geeigneten Fällen der Gerichtsschreiber auf Grund seiner stenographischen Notizen das Protokoll aus, so lasse sich hiergegen nichts einwenden". (Vgl. Hahn, Materialien zur C. P. O., Bd. II S. 1111 und 1112.) **Hiernach ist nicht zu verkennen, daß man ausnahmsweise das Zustandekommen des Sitzungsprotokolles auch auf der Grundlage von Aufzeichnungen gestatten wollte, welche zwar während der Sitzung gemacht, jedoch erst nach deren Schluß in eine zur Unterschrift geeignete Fertigung des Protokolles als dessen Inhalt aufgenommen wurden.** Dieser Auffassung entspricht vollkommen die Anweisung, welche das k. bayerische Staatsministerium der Justiz in den am 14. September 1879 für die Gerichtsschreiber erlassenen Dienstesvorschriften § 12 Abs. 2 — J. M. Bl. II S. 755 — durch die Anordnung gegeben hat, daß zwar das Protokoll bei den Verhandlungen selbst aufzunehmen sei, jedoch Protokolle über mündliche Verhandlungen vor dem erkennenden Gerichte in Ausnahmsfällen auf Grund der von dem Gerichtsschreiber bei der Verhandlung gemachten Aufzeichnungen nachträglich ausgearbeitet werden können. (B. O. L. 10. IV. 83.) S. X. (27.) 66—69.

2. S. hierüber noch bei § 259 ad (R. G. 21. II. 85) R. C. XIII. (116.) 421. 422.

§ 149. § 149.

Das Protokoll ist von dem Vorsitzenden und dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben.

Ist der Vorsitzende verhindert, so unterschreibt für ihn der älteste beisitzende Richter. Im Falle der Verhinderung des Amtsrichters genügt die Unterschrift des Gerichtsschreibers.

§ 150. § 150.

Die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann nur durch das Protokoll bewiesen werden. Gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt desselben ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.

§§ 285, 380 Abs. 1, 383. St. P. O. § 274.

Das Gesetz enthält keine Definition und keine Aufzählung **der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten** und ebensowenig ist in der Reihenfolge der §§ 145 ff. eine erkennbare Unterscheidung nach dieser Richtung zu finden. Es ist deßhalb in jedem Falle zu prüfen, ob eine solche Prozeßhandlung in Frage steht, welche auf den Grundsätzen der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit beruht und deßhalb als eine für die mündliche Verhandlung vorgeschriebene Förmlichkeit im Sinne des § 150 anzusehen ist. **Zu diesen Förmlichkeiten gehört aber zweifelsohne die Verkündung der von dem Gerichte beschlossenen Entscheidungen.** Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 10 S. 366; Entsch. des R. G.'s in Straff. Bd. 1 S. 85, Bd. 2 S. 77, Bd. 3 S. 266, Bd. 5 S. 45, Bd. 8 S. 143; Seuffert C. P. O., 3. Ausg., zu § 150; Struckmann u. Koch, 4. Ausg., zu § 150; Petersen, 2. Ausg., ebenda Anm. 3; v. Sarwey, Anm. zu § 150; Gaupp, ebenda; dagegen: v. Wilmowsky u. Levy, 4. Aufl., Anm. 1a und 2 zu § 145, Anm. 1a und 1 zu § 146 u. Anm. 1 zu § 150; vgl.

Digitized by Google

auch Endemann, zu § 150.) — (R. G. 18. III. 86.) R. C. XVI. (74.) 332.

§ 151. **§ 151.**

Zu den Verhandlungen, welche außerhalb der Sitzung vor Amtsrichtern oder vor beauftragten oder ersuchten Richtern stattfinden, ist der Gerichtsschreiber gleichfalls zuzuziehen.

St. P. O. §§ 185, 186.

Zweiter Titel.

Zustellungen (§§ 152—190).

I. Im Inland.

1. Durch den Gerichtsvollzieher.

§ 152. **§ 152.**

Die Zustellungen erfolgen durch Gerichtsvollzieher.

In Anwaltsprozessen ist der Gerichtsvollzieher unmittelbar zu beauftragen, in anderen Prozessen nach der Wahl der Partei entweder unmittelbar oder unter Vermittelung des Gerichtsschreibers des Prozeßgerichts.

§§ 176, 181, 182 ff. G. V. G. § 161.

Ueber den Begriff „Zustellung" s. bei § 165.

1. **Die gesetzlich vorgeschriebenen Arten der Zustellung unterliegen nicht der Parteidisposition.** Wenn eine Zustellung rechtsunwirksam ist, so ist es einerlei, ob der Mangel von dem Gegentheil gerügt wird oder nicht. Denn wenn auch nicht jeder Mangel in den Formvorschriften über die Zustellung, insbesondere auch in den Zustellungsurkunden als ein wesentlicher, die Gültigkeit des Zustellungsaktes selbst beeinträchtigender erachtet werden kann, solche unwesentliche oder minder wesentliche Mängel auch der Disposition der Parteien in der Weise unterliegen, daß sie nur im Fall der Rüge durch den Gegner in Betracht zu ziehen sind, so geht dies doch nicht so weit, daß der Modus der Zustellung selbst, welcher für den einzelnen Fall der gesetzlich vorgeschriebene ist, als irrelevant erachtet werden könnte, wenn nur feststehe, daß das zuzustellende Schriftstück rechtzeitig in die Hand dessen gelangt sei, welchem dasselbe zuzustellen war. Denn die verschiedenen Arten der Zustellung sind im allgemeinen Interesse der Rechtssicherheit geordnet und es unterliegt daher die Frage, auf welchem Wege im Einzelfall zugestellt worden ist, nicht der Verfügung der Parteien, ist vielmehr von Richteramtswegen auch ohne Rüge des Gegentheils zu prüfen. Urtheil des O. L. G. zu Jena vom 19. Juni 1882 in Bl. für Rechtspfl. in Thüringen ꝛc. Bd. 30 S. 101 und in S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 339 S. 466. 467.

2. **Die schriftliche Bescheinigung einer Privatperson über eine von ihr bewirkte Zustellung besitzt keine Beweiserheblichkeit für Rechte oder Rechtsverhältnisse** (§§ 37 Str. Pr. O., 152 ff. C. P. O.), **und hat weder die Eigenschaft einer öffentlichen, noch diejenige einer Privaturkunde.** (R. G. 15. VI. 85.) R. St. XII. (82.) 275. R. A. VII. (168.) 397.

3. **Die Zustellung und die Beurkundung der Zustellung sind von einander getrennte Thatsachen und Rechtsakte. Die Thatsache der Zustellung übt die rechtlichen Folgen unabhängig von dem formalen Charakter der Zustellungsurkunde.** (R. G. 19. VI. 82.) A. VI. (24.) 132—135.

Digitized by Google

4. **Im Anwaltsprozesse können Zustellungen durch die Partei in eigener Person ohne Zuthun ihres Anwaltes gültig betrieben werden.** S. zu § 74 die Entsch. der vereinigten Civilsenate vom 3. I. 1887 in R. C. XVII. (100.) 392 ff.

5. **Auch im Anwaltsprozesse kann die Partei selbst das Urtheil erster Instanz dem gegnerischen Anwalte zustellen lassen.** (R. G. 22. I. 83.) S. hierüber bei § 288 ad A. VII. (84.) 276. 277.

a. Auftrag.

§ 153.

§ 153.

Die mündliche Erklärung einer Partei genügt, um den Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zustellung, den Gerichtsschreiber zur Beauftragung eines Gerichtsvollziehers mit der Zustellung zu ermächtigen.

Ist eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt, so wird bis zum Beweise des Gegentheils angenommen, daß dieselbe im Auftrage der Partei erfolgt sei.

1. **Der Gerichtsschreiber ist in den Fällen der §§ 458, 152 ff. C. P. O. nicht als Beauftragter der Partei anzusehen.** Das Gesetz macht von der Regel, daß die Zustellungen von den Parteien unmittelbar zu betreiben sind, für den amtsgerichtlichen Prozeß, sowie für alle Verfahren, in denen eine Vertretung der Parteien durch Anwälte nicht geboten ist, eine Ausnahme, indem es in diesen Fällen der Partei die Wahl läßt, ob sie die Zustellung direkt betreiben oder sich der Vermittlung des Gerichts bedienen will. Diese Vorschrift hat das Interesse der Parteien im Auge, welche, obgleich sie nicht rechts- und geschäftskundig sind, den Rechtsstreit in Person führen. Zur Abwendung von Rechtsnachtheilen für solche Parteien ist angeordnet, daß, wenn nicht die ausdrückliche Erklärung erfolgt, daß die Zustellung unmittelbar werde betrieben werden, die Vermittlung des Gerichts einzutreten hat, und mit dieser vermittelnden Thätigkeit hat das Gesetz speziell den Gerichtsschreiber betraut. Dieser fungirt daher in den bezeichneten Fällen lediglich als Organ der Behörde, sodaß zwischen ihm und der Partei, für welche er die Zustellung vermittelt, ein nach den Grundsätzen vom Mandate zu beurtheilendes Rechtsverhältniß nicht besteht. (R. G. 21. VI. 86.) R. C. XVII. (99.) 391. 392.

§ 154.

§ 154.

Insoweit eine Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, hat dieser einen Gerichtsvollzieher mit der erforderlichen Zustellung zu beauftragen, sofern nicht die Partei erklärt hat, daß sie selbst einen Gerichtsvollzieher beauftragen wolle.

§ 155.

§ 155.

Die Partei hat dem Gerichtsvollzieher und, wenn unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zuzustellen ist, diesem neben der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks eine der Zahl der Personen, welchen zuzustellen ist, entsprechende Zahl von Abschriften zu übergeben.

Die Zeit der Uebergabe ist auf der Urschrift und den Abschriften zu vermerken und der Partei auf Verlangen zu bescheinigen.

§ 124.

b. Ausführung.

§ 156.

§ 156.

Die Zustellung besteht, wenn eine Ausfertigung zugestellt werden soll, in deren Uebergabe, in den übrigen Fällen in der Uebergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks.

Digitized by Google

Die Beglaubigung geschieht durch den Gerichtsvollzieher, bei den auf Betreiben von Rechtsanwälten oder in Anwaltsprozessen zuzustellenden Schriftstücken durch den Anwalt, bei den von Amtswegen zuzustellenden Schriftstücken durch den Gerichtsschreiber.

1. Der § 156 beruht auf einem Beschluß der Justizkommission. Der entsprechende § 166 des Entwurfs lautete im Absatz 3: „Jeder Person, an welche eine Zustellung erfolgt, ist beglaubigte Abschrift des mitzutheilenden Schriftstücks und der Zustellungsurkunde zu übergeben. Die Beglaubigung geschieht durch den Gerichtsvollzieher, bei den auf Betreiben von Rechtsanwälten oder in Anwaltsprozessen mitzutheilenden Schriftstücken durch den Anwalt." — In gleicher Weise erfolgte nach § 170 des Entwurfs (jetzt § 177) die Zustellung durch den Postboten „durch Uebermittelung eines Kouverts, in welchem die beglaubigte Abschrift des mitzutheilenden Schriftstücks enthalten ist", und die Motive begründen diese Bestimmungen unter Hinweis auf die in Deutschland geltende Gesetzgebung durch die Worte: „Die richtigen materiellen und prozessualischen Wirkungen der Zustellung lassen es zweckmäßig erscheinen, daß nicht simple Abschriften, sondern Kopien, deren Uebereinstimmung mit dem Originale beglaubigt ist, dem Requisiten behändigt werden." (Hahn, die gesammten Materialien zur C. P. O. II. 1 S. 23, 224, 230, 231). Von der Justizkommission wurde nun zum § 170 des Entwurfs beschlossen: hinter den Worten „in welchem" einzuschalten „die mitzutheilende Ausfertigung oder" (Hahn a. a. O. II. 2 S. 992), wodurch von selbst eine Modifikation des § 166 des Entwurfs sich ergab, der dann auch nach der Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse 2. Lesung in dem neu hinzugefügten § 149a die jetzige Fassung des § 156 der C. P. O. dahin erhielt: „Die Zustellung besteht, wenn eine Ausfertigung zugestellt werden soll, in deren Uebergabe, in den übrigen Fällen in der Uebergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks" (Hahn a. a. O. II. 2. S. 1212). Aus dieser Entstehungsgeschichte des § 156 ist erkennbar, daß nach dem Wortlaut des § 166 des Entwurfs und nach deutlicher Absicht der Motive der Gegenstand der Zustellung ausschließlich oder doch in erster Reihe beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks war, und daß erst die Justizkommission „Ausfertigung" und „beglaubigte Abschrift" neben einander gestellt hat, ohne ausdrücklich auszusprechen: wann eine „Ausfertigung" und wann „eine beglaubigte Abschrift" zuzustellen ist. Erwägt man nun aber, daß die Justizkommission mit keinem Wort zu erkennen gegeben hat, daß sie von dem Prinzip des Entwurfs hat abweichen wollen, daß auch die C. P. O. **die Zustellung des Urtheils in Ausfertigungsform nicht vorgeschrieben** hat, und daß mit den Worten des § 156 „zuzustellendes Schriftstück" nicht das körperlich zu übergebende, individuell und objektiv bestimmte, sondern dasjenige Schriftstück gemeint ist, dessen Zustellung an den Gegner überhaupt in Frage steht (Struckmann u. Koch, C. P. O. S. 126; Petersen, C. P. O. Thl. 1 S. 377), so läßt sich die Unterscheidung des § 156 — nach der Zustellung in Ausfertigung und in beglaubigter Abschrift — nicht aus der bloßen Wortfassung, sondern nur aus dem Sinn und der Bedeutung jener Unterscheidung in dem System der C. P. O. bestimmen. Denn nach der letzteren gibt es in Wirklichkeit Schriftstücke, die ausschließlich in Form der Ausfertigung zuzustellen sind, z. B. Schieds-

Digitized by Google

sprüche, welche von den Schiedsrichtern zu unterschreiben und den Parteien in einer von den Schiedsrichtern unterschriebenen Ausfertigung zuzustellen sind (§ 865 a. a. O.). Man muß annehmen, daß die Justizkommission, sich dieser Verschiedenheit der Zustellungsweise nach dem System der C. P. O. bewußt, die Unterscheidung der Zustellung — nach Ausfertigung und beglaubigter Abschrift — im § 156 getroffen hat und es daher, wo die Ausnahme für die Zustellung in Ausfertigung nicht zutrifft, bei der Regel des Entwurfs, d. h. bei der Zustellung des Schriftstücks durch Uebergabe einer beglaubigten Abschrift, verbleibt. **Da nun in dem Gesetz**, wie bereits nachgewiesen, **für Urtheile eine Zustellung in Ausfertigung nicht vorgeschrieben ist, so folgt mit Nothwendigkeit, daß die Zustellung von Urtheilen, in Gemäßheit der zweiten Alternative des § 156, gültig auch durch Uebergabe einer beglaubigten Abschrift — nicht geschehen muß — aber geschehen kann.** Die Kommentatoren der C. P. O. stimmen in dieser Auslegung des § 156 mit wenigen Ausnahmen überein, und an der Hand seiner Entstehungsgeschichte läßt sich eine entgegengesetzte Auffassung mit dem System des Gesetzes kaum vereinen (Struckmann u. Koch (2. Aufl.) S. 126, Sarvey Bd. 1 S. 251, Hellmann 1. Abth. S. 470, Petersen Thl. 1 S. 378, Seuffert S. 155; Endemann Bd. 1 S. 528 läßt in gewisser Beziehung auch eine Zustellung in beglaubigter Abschrift zu). Urtheil des Reichsgerichts vom 14. Mai 1881. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 305 S. 475. 476.

2. Die Zustellung ist begrifflich die Mittheilung einer Abschrift oder Ausfertigung des zuzustellenden Schriftstückes, unter Beurkundung der erfolgten Mittheilung. **Die Uebergabe der Abschrift oder Ausfertigung ist ein Theil des Rechtsakts**, aber dergestalt wesentlich, daß er nicht durch andere Mittheilungen an die Partei seitens des Zustellungsbeamten ersetzt werden kann (§ 156 der C. P. O.). Nach § 155 hat die Partei dem Ger.-Vollzieher und wenn unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zuzustellen ist, diesem, neben der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks, eine der Anzahl der Personen, welcher zuzustellen ist, entsprechende Anzahl von Abschriften zu übergeben. Zweck dieser Vorschrift ist, den Ger.-Vollzieher in die Lage zu versetzen, gemäß § 156 Abs. 1 die Uebergabe an jeden einzelnen Betheiligten zu bewirken. Es ergibt sich hieraus, daß **eine Zustellung an mehrere Personen durch ein einziges, bei denselben zirkulirendes Exemplar nicht zulässig ist** (vgl. Endemann C. P. O. Bd. 1 S. 526; v. Wilmowsky-Levy, Komm. zu §§ 155, 156). Streitgenossen stehen, soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder der Prozeßordnung sich ein Anderes ergibt, als Einzelne gegenüber, daß die Handlungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vortheil, noch zum Nachtheil gereichen (§ 58 der C. P. O.). Folgt hieraus, **daß bei Streitgenossen hinsichtlich der Zustellung von Urtheilen eine wechselseitige Vertretung nicht stattfindet**, so bleibt zu erörtern, ob und inwieweit das eheliche Verhältniß etwa auf die vorliegende Frage von Einfluß ist. Wenn das gütergemeinschaftliche Vermögen unter der Verwaltung des Mannes steht, so genügt es, wenn die Klage allein gegen den Mann erhoben wird. Wenn es aber der Kläger vorgezogen hat, die Ehefrau mit in Anspruch zu nehmen, so ist sie dadurch Streitgenossin geworden. Er muß sich daher alle Konsequenzen, die sich hieraus

Digitized by Google

ergeben, gefallen lassen. Prozessualisch ist nun die Ehefrau völlig selbständig; nach § 51 Abs. 2 der C. P. O. soll die Prozeßfähigkeit einer Frau dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht beschränkt werden. Sie bedarf daher für den Prozeß keines Vertreters, ja sie kann einen solchen nicht haben. Wenn die Prozeßfähigkeit die Fähigkeit zum selbständigen Handeln in sich schließt, so ist damit jedes Handeln unter Mitwirkung eines Dritten ausgeschlossen. Mag die Ehefrau außerhalb des Prozesses an den Beitritt des Mannes gebunden sein, für den Prozeß ist sie es nicht (vgl. Wach, Handb. des Civilprozeßrechts Bd. 1 S. 553 ff.; Förster-Eccius, preuß. Privatr. Bd. 4 S. 36 ff.; Dernburg, preuß. Privatr. Bd. 3 S. 72; Hahn, Materialien Bd. 2 S. 167 ff.). Freilich schließt eine Vormundschaft über die Ehefrau deren Prozeßfähigkeit aus, und würde darum ein selbständiges Auftreten derselben im Prozeß unzulässig sein, wenn man das Verwaltungsrecht des Ehemannes als einen Ausfluß vormundschaftlicher Gewalt und eine Beschränkung der Dispositionsfähigkeit der Frau auffassen könnte. Aber dies ist nicht der Standpunkt des preuß. Rechts, dem eine vormundschaftliche Gewalt des Ehemannes nicht bekannt ist. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Mannes beruht hier überall auf der Zustimmung der Frau, die in der Regel unterstellt, bei wichtigen Amtshandlungen aber ausdrücklich gefordert wird (vgl. Förster-Eccius a. a. O. S. 73). Der Ehemann hat ein Vertretungsrecht in bestimmten Grenzen, das wesentlich in dem eigenen Interesse desselben beruht, aber nicht einer Vormundschaft gleichgestellt werden kann (vgl. Wach a. a. O. S. 555). **Ist nach alledem die beklagte Ehefrau prozessualisch als völlig selbständig anzusehen, so kann eine Zustellung an die Eheleute nur in der Weise bewirkt werden, daß der zustellende Postbote jedem von ihnen eine Abschrift einhändigt, und daß dies geschehen, in der Urkunde bezeugt.** Urtheil des Reichsgerichts vom 5. März 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 253 S. 354. 355.

3. **Nur die Zustellungsurkunde, welche für die zustellende Partei ausgefertigt wird, ist maßgebend für die Zustellung, nicht die der Gegenpartei ausgefertigte Abschrift,** §§ 156, 173, 174, 178 der R. C. P. O. (R. G. 22. I. 83.) S. hierüber bei § 173 ad A. VII. (86.) 278. 279.

4. **Zustellung der Urschrift anstatt der beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes.** Allerdings soll nach § 156 C. P. O. bei der Zustellung die beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes übergeben werden. Wenn aber die zugestellte Urschrift in wörtlicher Uebereinstimmung mit dem bei Gericht überreichten Schriftsatze die Beglaubigung des betreibenden Rechtsanwaltes und zugleich die Terminsbestimmung unter Hinzufügung der Unterschrift des mit der Zustellung beauftragten Gerichtsvollziehers enthält, so ersetzt dieses Schriftstück die beglaubigte Abschrift in jeder Beziehung, und es ist unerfindlich, welches Interesse der Zustellungsempfänger daran haben könnte, daß ihm gerade die in die Hände des betreibenden Anwaltes zurückgelangte Abschrift zugestellt werde. (R. G. 5. II. 86.) R. C. XV. (114.) 411. 412.

5. **Für die Zustellung, welche nach § 156 C. P. O. in der Uebergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes besteht, bildet die Beglaubigung ein wesentliches Erforderniß, ohne welche mit der Uebergabe der Abschrift die Zustellung des Schriftstückes nicht als rechtswirksam**

Digitized by Google

vollzogen gelten kann. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 6 S. 361.) (R. G. 21. XI. 82.) R. C. VI. (96.) 346. 347. S. auch R. G. 22. XI. 82 in S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 344 S. 455. 456, wo ebenso entschieden ist.

6. In den Fällen, wo die Zustellung in der Uebergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes besteht, ist **die Beglaubigung ein integrirender Bestandtheil des Zustellungsaktes und macht ihr Mangel denselben unwirksam.** (R. G. 13. X. 82.) R. C. IX. (118.) 413.)

7. Der Akt der Zustellung an den Gegner im Prozesse besteht, wenn eine Abschrift zugestellt werden soll, gemäß §§ 156, 173 C. P. O. in der Beglaubigung des zuzustellenden Schriftstückes, in dessen Uebergabe an den Empfänger und in der Beurkundung dieses Vorganges durch den Zustellungsbeamten, bezw. den Anwalt der betreibenden Partei. Jene **Beglaubigung ist somit ein integrirender Bestandtheil des Zustellungsaktes selber, und ihr Mangel macht den letzteren unwirksam. Zwar ist eine bestimmte Form der Beglaubigung, namentlich bei der Zustellung eines Schriftstückes durch den Anwalt, nicht vorgeschrieben. Da jedoch deren Zweck darin besteht, die Uebereinstimmung der von der Partei selbst gefertigten und dem Gegner zuzustellenden Abschrift mit der in der Hand der Partei zurückbleibenden Urschrift in formeller Weise festzustellen, so muß sie sich nothwendig auf den ganzen Inhalt des Schriftstückes erstrecken und kann durch kein anderes Beweismittel für die Uebereinstimmung, insbesondere auch nicht durch ein etwaiges Zugeständniß des ordnungswidrig geladenen Gegners ersetzt werden.** (R. G. 20. XII. 81.) R. C. VI. (109.) 362. 363. (R. C. VIII. (96.) 347. IX. (118.) 413. (123.) 436.)

8. **Eine Dispensation von dem im § 156 aufgestellten Erfordernisse der Beglaubigung durch eine Partei findet nicht statt.** (R. G. 12. VII. 84.) R. C. VII. (115.) 373. A. VI. (56.) 237.

9. **Eine bestimmte Form für die Beglaubigung schreibt das Gesetz nicht vor,** namentlich nicht, daß der Beglaubigungsvermerk von dem Anwalte eigenhändig unterschrieben werden müsse. **Es ist daher eine Beglaubigung durch einen Blaustempel nicht als unbedingt ausgeschlossen anzusehen,** wie ja auch durch Urkunden, auf welchen sich nicht eine Unterschrift befindet, welche vielmehr durch einen Stempelabdruck vollzogen sind, rechtliche Verpflichtungen begründet werden können. Es kann zugegeben werden, daß die Unterschrift ein zuverlässigeres, nur in geringerem Maße zu mißbrauchendes Beglaubigungsmittel ist, während von einem solchen Stempel leichter Mißbrauch gemacht werden kann. Der Einwand, daß sich unter dem Beglaubigungsvermerke der Name des zustellenden Anwaltes nicht geschrieben, sondern nur gedruckt befinde, genügt aber nicht, um dem Beglaubigungsvermerk die Eigenschaft einer Beglaubigung im Sinne des § 156 C. P. O. zu entziehen. (R. G. 12. VII. 82.) (Wesentlich verschieden hiervon ist der Fall in R. C. VI. (109.) 361—364.) R. C. VII. (115.) 373. 374. A. VI. (56.) 237. 238. (R. C. IX. (118.) 412—414.) S. auch noch (R. G. 1. III. 84.) R. C. XIV. (93.) 335.

10. **Der Anwalt darf auch durch den Gerichtsvollzieher zu-**

Digitized by Google

zustellende Schriftstücke mit einem bloßen Stempelabdruck seines Namens beglaubigen. Die im § 156 der R. C. P. O. vorgesehene Beglaubigung der zu übergebenden Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes kann ebensowohl durch einen Stempelabdruck, wie durch Unterschrift vollzogen werden. (A. VI. (56.) 236. R. C. VII. (115.) 372.) In diesem reichsgerichtlichen Urtheile vom 12. Juli 1882 handelt es sich allerdings um eine Zustellung von Anwalt zu Anwalt, bei welcher der Empfänger gegen die Art der Beglaubigung nichts zu erinnern gefunden hatte, während gegenwärtig eine durch einen Gerichtsvollzieher bewirkte Zustellung in Frage steht, allein es ist hierin kein wesentlicher Unterschied der beiden Fälle zu erblicken. Freilich ist damals in den Entscheidungsgründen des R. G. adminikulirend auf die stillschweigende Genehmigung des Gegenanwaltes Bezug genommen worden; aber für ausschlaggebend hat diese auch damals nicht gelten können, da, wie gerade dort an einer früheren Stelle der Entscheidungsgründe betont war, auf die Beobachtung der Förmlichkeiten der Berufung nach §. 467 der R. C. P. O. von Amtswegen zu halten ist. (R. G. 1. III. 84.) A. IX. (106.) 439. 440. R. C. XIV. (93.) 335.

11. **Die Zustellung einer beglaubigten Klatsch-Kopie der Berufungsschrift ist genügend.** (R. G. 9. II. 81.) R. C. IV. (96.) 357.

12. **Die Beglaubigung der Abschrift eines im Anwaltsprozesse zuzustellenden Schriftstückes ist auch dann für formell genügend zu erachten, wenn sie nicht durch den Anwalt, sondern durch den Gerichtsvollzieher bewirkt worden ist.** Denn so zweifellos es auch erscheint, daß der Abs. 2 des § 156 die Gerichtsvollzieher nur für die durch sie erfolgenden Zustellungen und ebenso auch die Rechtsanwälte nur für die auf ihr Betreiben oder in Anwaltsprozessen zuzustellenden Schriftstücke zur Beglaubigung ermächtigt, und nur für Zustellungen von Amtswegen eine Beglaubigung durch den Gerichtsschreiber erfordert, so bedenklich würde es andererseits erscheinen, wollte man in den Gesetzesworten: „Die Beglaubigung geschieht durch den Gerichtsvollzieher, bei den auf Betreiben von Rechtsanwälten oder in Anwaltsprozessen zuzustellenden Schriftstücken durch den Anwalt, bei den von Amtswegen zuzustellenden Schriftstücken durch den Gerichtsschreiber", ausgesprochen finden, daß in den Anwaltsprozessen nur die Beglaubigung durch den Anwalt als rechtswirksam anzusehen sei, da einer solchen Auslegung, welche selbst eine amtliche Beglaubigung für unzureichend erklären würde, weder innere Gründe noch der Wortlaut zur Seite stehen, letzterer vielmehr nicht nur einerseits außer Zweifel stellt, daß in Anwaltsprozessen die Beglaubigung des Anwaltes bei Zustellungen von Amtswegen nicht genügt, sondern auch andererseits durch die unbeschränkte Voranstellung der Beglaubigung durch den Gerichtsvollzieher darauf hinweist, daß diese für die durch ihn erfolgenden Zustellungen ausreicht. (R. G. 21. XI. 82.) R. C. VIII. (96.) 347. S. auch (R. G. 22. XI. 82.) in S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 344 S. 455 u. 456, wo ebenso entschieden ist.

An wen?

§ 157. **§ 157.**

Die Zustellungen, welche an eine Partei bewirkt werden sollen, erfolgen für die nicht prozeßfähigen Personen an die gesetzlichen Vertreter derselben.

Digitized by Google

Bei Behörden, Gemeinden und Korporationen, sowie bei Personenvereinen, welche als solche klagen und verklagt werden können, genügt die Zustellung an die Vorsteher.

Bei mehreren gesetzlichen Vertretern, sowie bei mehreren Vorstehern genügt die Zustellung an einen derselben.

§ 172.

§ 158. Die Zustellung für einen Unteroffizier oder einen Gemeinen des aktiven Heeres oder der aktiven Marine erfolgt an den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde (Chef der Kompagnie, Eskadron, Batterie u. s. w.)

§§ 184, 683.

§ 159. Die Zustellung erfolgt an den Generalbevollmächtigten, sowie in den durch den Betrieb eines Handelsgewerbes hervorgerufenen Rechtsstreitigkeiten an den Prokuristen mit gleicher Wirkung, wie an die Partei selbst.

§ 300 Nr. 2. H. G. B. Art. 42, 43.

1. **Der Prokurist ist, wie der Korrespondentreder, Dritten gegenüber, soweit es sich um Geschäfte handelt, welche der Betrieb einer Rhederei bezw. eines Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt, nach Art. 460 bezw. Art. 42 zwar legitimirt, aber nicht verpflichtet zur prozessualen Vertretung seiner Rhederei bezw. seines Prinzipals,** und nur wenn er den Prozeß freiwillig aufnimmt, hat die an ihn geschehene Zustellung rechtliche Wirkung für die Rhederei bezw. für den Prinzipal. Lehnt er die Prozeßführung ab, so hat die Zustellung der Klage an die einzelnen Mitreder bezw. den Prinzipal zu erfolgen. Denn während in Art. 42 und 460 beim Prokuristen und Korrespondentreder nur von einer Ermächtigung, beziehungsweise Befugniß zu gerichtlichen Rechtshandlungen beziehungsweise zur Vertretung vor Gericht die Rede ist, wird in Artt. 117, 137, verbunden mit Artt. 144 Abs. 3, 167 und 227, verbunden mit Art. 235 in Betreff der von der Befugniß, die offene Gesellschaft zu vertreten, nicht ausgeschlossenen Gesellschafter, in Betreff der Liquidatoren, der bei einer Kommanditgesellschaft persönlich haftenden Gesellschafter und des Vorstandes von Aktiengesellschaften der abweichende Ausdruck gebraucht: „wird vor Gericht vertreten", beziehungsweise „haben zu vertreten", und dabei ausdrücklich bestimmt, daß es zur **Behändigung von Vorladungen und Zustellungen** genüge, wenn das an eine der hier bezeichneten zur Vertretung berechtigten Personen geschehe. Alle diese Bestimmungen beziehen sich aber auf die natürlichen, bezw. gesetzlichen Organe eines Rechtssubjektes. Hätte der Gesetzgeber beabsichtigt, die gleichen Bestimmungen auch für fakultative Vertreter (wie der Prokurist und Korrespondentreder es sind) zu treffen, so würde er, wie anzunehmen ist, auch hinsichtlich ihrer sich ähnlich ausgedrückt und dieselbe Bestimmung getroffen haben. (Vgl. v. Hahn, Kommentar, 3. Aufl. § 5 zu Art. 47.) — (R. G. 12. V. 80.) R. C. I. (107.) 297. 298.

§ 160. Wohnt eine Partei weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, so kann das Gericht, falls sie nicht einen in diesem Orte oder Bezirke wohnhaften Prozeßbevollmächtigten bestellt hat, auf Antrag anordnen, daß sie eine daselbst wohnhafte Person zum Empfange der für sie bestimmten Schriftstücke bevollmächtige. Diese Anordnung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

Wohnt die Partei nicht im Deutschen Reiche, so ist sie auch ohne vorgängige

Digitized by Google

Anordnung des Gerichts zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten verpflichtet, falls sie nicht einen in dem durch den ersten Absatz bezeichneten Orte oder Bezirke wohnhaften Prozeßbevollmächtigten bestellt hat.

E. G. § 15 Nr. 5.

Die vom Tage der Zustellung an zu berechnende Frist läuft der Partei, welcher ein R. A. als Zustellungsbevollmächtigter bestellt worden ist, vom Tage der Zustellung an letzteren und nicht erst von der Zeit der Mittheilung an die Partei an. Beschl. v. 16./4. 81.

§ 161. **§ 161.**

Der Zustellungsbevollmächtigte ist bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung oder, wenn die Partei vorher dem Gegner einen Schriftsatz zustellen läßt, in diesem zu benennen. Geschieht dies nicht, so können alle späteren Zustellungen bis zur nachträglichen Benennung in der Art bewirkt werden, daß der Gerichtsvollzieher das zu übergebende Schriftstück unter der Adresse der Partei nach ihrem Wohnorte zur Post gibt. Die Zustellung wird mit der Aufgabe zur Post als bewirkt angesehen, selbst wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt.

Die Postsendungen sind mit der Bezeichnung „Einschreiben" zu versehen, wenn die Partei es verlangt und zur Zahlung der Mehrkosten sich bereit erklärt.

§§ 175, 221, 730, 736. K. O. § 69.

§ 162. **§ 162.**

Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen, müssen an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen.

1. Der Grund der Vorschrift des § 162 liegt inhaltlich der Motive zu §§ 155—157 des Entwurfes einer Civilprozeßordnung v. 29. Okt. 1874 in der Annahme des Gesetzgebers, daß durch Ertheilung der Prozeßvollmacht die Partei sich des eigenen Prozeßbetriebes begeben hat. Konsequenterweise, heißt es dortselbst, kann in solchen Fällen die ungerechtfertigte **Zustellung an die Partei anstatt an den Prozeßbevollmächtigten nicht diejenigen Wirkungen** (Beginn des Laufes der Nothfrist ꝛc.) **äußern, welche sonst mit der Zustellung eingetreten sein würden.** (Hahn, Materialien zur Civilprozeßordnung 2. Aufl. S. 227 ff.) — (B. O. L. 31. III. 81.) S. IX. (34.) 111. 112.

2. Nach § 77 der R. C. P. O. ermächtigt die Prozeßvollmacht zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen, zur Bestellung eines Vertreters sowie eines Prozeßbevollmächtigten für die höhere Instanz, ferner zur Beseitigung des Rechtsstreites durch Vergleich oder Verzichtleistung oder Anerkennung. Die Befugnisse eines Vertreters reichen nur so weit, als sie sich aus der Bestellung ergeben, sei es für einzelne Termine oder Prozeßhandlungen, sei es für die ganze Instanz; **Zustellungen** aber, **welche in einem anhängigen Prozesse geschehen sollen, müssen nach § 162 a. a. O. an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen. Diese Bestimmung ist eine apodiktische; eine Zustellung an einen substituirten Vertreter ist als nicht geschehen zu betrachten.** (R. G. 27. III. 84.) A. X. (35.) 172. 173. R. A. 1884 bes. Beil. 5 S. 6; S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 61 S. 97.

3. Die Civilprozeßordnung hat in dem Verfahren vor den Landgerichten sowie vor den höheren Gerichten, welches auf den Grundsätzen der Unmittelbarkeit der Verhandlung und des Prozeßbetriebes der Parteien beruht, um sowohl im öffentlichen Interesse als in dem der letzteren selbst unüberlegt und unrichtig begonnene und geführte Prozesse zu verhüten, die Vertretung durch Anwälte als unentbehrlich erachtet (Motive

Digitized by Google

S. 97). Diese Vertretung erstreckt sich auf alle den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen, soweit nicht das Gesetz eine Ausnahme zuläßt (§ 74 C. P. O. Motive S. 98 und 99), und der Anwalt ist dominus litis im vollen Umfange, namentlich auch zum Abschlusse von Vergleichen, zur Verzichtleistung auf den Streitgegenstand und zur Anerkennung des gegnerischen Anspruches ermächtigt (§ 77 C. P. O.). **Als eine nothwendige Konsequenz des Prinzips der Vertretung bestimmt dann § 162 C. P. O., daß Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen, an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten geschehen „müssen", und es folgt aus der imperativen Fassung dieser Vorschrift, daß eine andere Zustellung, auch die an die Partei selbst geschehene, unwirksam ist.** Der Gesetzgeber wird hierbei von der Annahme geleitet, daß durch die Ertheilung der Prozeßvollmacht die Partei sich des eigenen Prozeßbetriebes begeben habe, und auch vom praktischen Standpunkte aus durch die Zustellung an den Anwalt, da in den meisten Fällen sie doch wieder an diesen sich wenden müssen, das Interesse der Partei am besten besorgt sei (Motive S. 149 u. 150). Hiernach bildet § 162 a. a. O., dessen Vorschrift ganz allgemein lautet, für alle während des Laufes der Instanz erfolgenden Zustellungen die ausnahmslose — Motive S. 149 — Regel, und daneben besteht dann, was die Einlegung der Rechtsmittel betrifft, mit denen eine neue Instanz beginnt, die besondere Bestimmung des § 164 a. a. O. — (R. G. 2. III. 83.) R. C. X. (104.) 346. 347. A. VII. (147.) 478.

4. **Die Zustellung eines Urtheils an die Partei selbst, statt an den Prozeßbevollmächtigten derselben, ist ungültig.** Der Gegner hat nicht etwa nur ein Recht, auf das er auch verzichten kann; denn nach dem Systeme der Reichscivilprozeßordnung gibt es allemal nur eine Person, der überhaupt gültig zugestellt werden kann. (R. G. 26. III. 81.) R. C. IV. (118.) 415. 416. A. III. (148.) 529.

5. **Das in der Berufungsinstanz ergangene Versäumnißurtheil ist, falls die nicht erschienene Partei für diese Instanz einen Prozeßbevollmächtigten noch nicht aufgestellt hatte, nicht dieser Partei selbst, sondern ihrem Prozeßbevollmächtigten erster Instanz zuzustellen.** In den Motiven zu den §§ 155—157 des Entwurfes (jetzt §§ 162—164 C. P. O. werden Zustellungen, welche den Rechtsstreit anhängig machen, und Zustellungen, welche zu geschehen haben, nachdem der Rechtsstreit einmal anhängig gemacht worden ist, einander gegenübergestellt und wird betreffs der letzteren bemerkt, daß sie nicht mehr an die Partei selbst, sondern nur an deren Prozeßbevollmächtigten, wenn ein solcher bestellt sei, zu erfolgen hätten, und zwar deßhalb, weil die Partei durch Ertheilung der Prozeßvollmacht sich des eigenen Prozeßbetriebes begeben habe. Daß in dieser einleitenden Bemerkung ganz allgemein vom Falle, daß der Rechtsstreit anhängig und ein Prozeßbevollmächtigter bestellt sei, die Rede ist, nicht aber davon, daß für die Instanz, in welcher der Rechtsstreit anhängig ist, ein Prozeßbevollmächtigter bestellt sei, ist sicher nicht ohne Absicht geschehen, wie denn auch der beigefügte Grund dahin gedeutet werden kann, daß mit der Ertheilung der Prozeßvollmacht an den Prozeßbevollmächtigten erster Instanz, der kraft Gesetzes (§ 77) befugt ist, Prozeßbevollmächtigte auch für die höheren Instanzen zu bestellen, die Partei

Digitized by Google

sich des eigenen Prozeßbetriebes für den ganzen Rechtsstreit begibt. Offenbar ist in dieser Aeußerung des Gesetzgebers die Anerkennung eines allgemeinen Prinzipes zu finden, welches die ganze Civilprozeßordnung beherrscht und in einer Reihe von Bestimmungen derselben Ausdruck gefunden hat, des Prinzipes nämlich, daß, sobald ein Prozeßbevollmächtigter von einer Partei bestellt ist, der Rechtsstreit durch alle Instanzen durchgeführt werden kann, ohne daß es nöthig ist, die Partei persönlich beizuziehen. In diesem Sinne ist in § 77 C. P. O. der Umfang der Prozeßvollmacht dahin festgestellt, daß sie zu allen, den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen, einschließlich der Wiederaufnahme des Verfahrens und der Zwangsvollstreckung, sowie zur Bestellung eines Vertreters für die höheren Instanzen ermächtigt. Aus § 77 in Verbindung mit § 164 a. a. O. ergibt sich insbesondere, daß die Vollmacht des Prozeßbevollmächtigten der unteren Instanz keineswegs mit Erlaß und Zustellung des Endurtheiles erlischt, vielmehr auch nachher noch wirksam ist und nur soweit und solange als die Prozeßthätigkeit eines für die höhere Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten Platz greift, suspendirt bleibt. In gleichem Sinne sind auch die Bestimmungen in § 164 C. P. O. über die Zustellung des Schriftsatzes, durch welchen ein Rechtsmittel eingelegt wird, gegeben. Dieselben sind keineswegs als Ausnahmebestimmungen aufzufassen, enthalten vielmehr nur die Anwendung eines allgemeinen Prinzipes auf einen bestimmten Fall, den der Gesetzgeber, seiner besonderen Wichtigkeit wegen und um jeden möglichen Zweifel zu beseitigen, besonders regeln zu müssen glaubte. Auch die Bestimmungen der §§ 162. 163 C. P. O. stehen mit diesem Prinzipe nicht in Widerspruch. Es war natürlich, daß nachdem, dem Systeme der Civilprozeßordnung gemäß, in jeder Instanz der Regel nach ein besonderer Prozeßbevollmächtigter zu bestellen war, das Gesetz zu regeln hatte, inwieweit diesen verschiedenen Prozeßbevollmächtigten die Prozeßführung übertragen sei, inwieweit insbesondere die Thätigkeit des für die höhere Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten, diejenige des Prozeßbevollmächtigten der unteren Instanz ausschließe. Zu diesem Zwecke bestimmt § 162 a. a. O., daß Zustellungen an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten zu machen seien, und begrenzt § 163 a. a. O. das Gebiet der einzelnen Instanzen. Diese Bestimmungen sind aber nur gegeben für den Fall, daß in der That ein Prozeßbevollmächtigter in der betreffenden Instanz bestellt ist, lassen aber den Fall völlig unberührt, wo dies nicht geschah. Sie stehen daher nicht im Wege, letzteren Falles den allgemeinen, den Prozeß im Ganzen beherrschenden, Prinzipien Geltung zu verschaffen. Diesen Prinzipien aber entspricht es, daß wenn einmal ein Prozeßbevollmächtigter von einer Partei aufgestellt ist, sei es auch nur für die untere Instanz, das in der höheren Instanz gegen sie ergangene Versäumnißurtheil ihr nicht persönlich, sondern dem bestellten Prozeßbevollmächtigten zugestellt werde. Wenn das Gesetz (§ 164 a. a. O.) für die Einlegung des Rechtsmittels selbst die Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten der unteren Instanz vorschreibt, so ist es sicher auch dem Willen desselben entsprechend, daß in gleicher Weise auch die Zustellung des in Folge jener Zustellung ergangenen Versäumnißurtheiles erfolge, denn diese Zustellung hat ja im Wesentlichen nur die Bedeutung einer wiederholten Aufforderung

Digitized by Google

an besagten Prozeßbevollmächtigten, dasjenige zu thun, was er auf die erste Aufforderung hin zu thun unterließ, nämlich für Vertretung seiner Partei in der höheren Instanz Sorge zu tragen. Der Fall ist offenbar ganz ähnlich demjenigen, wo gemäß § 300 Abs. 2, § 302 C. P. O. eine Wiedervorladung der in der höheren Instanz nicht erschienenen Partei zu einem neuen Termine stattzufinden hat; in letzterem Falle aber kann es nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß, obgleich es sich nicht mehr um Einlegung des Rechtsmittels handelt (§ 164 a. a. O.), die Ladung nicht der Partei selbst, sondern dem nach § 164 a. a. O. dieselbe vertretenden Prozeßbevollmächtigten zuzustellen ist. (R. G. 9. III. 83.) R. C. VIII. (126.) 424—427. A. VII. (146.) 475—478. (R. C. IX. (95.) 330.)

6. **Für die Zustellung eines Schriftsatzes, durch welche ein Rechtsmittel eingelegt wird, gilt als Prozeßbevollmächtigter des Gegners für die höhere Instanz noch derselbe Anwalt, welcher Prozeßvollmacht für die gleiche Instanz hatte, als darin über den Grund des Anspruches rechtskräftig erkannt wurde.** Es hängt dies davon ab, ob die beiden in der Berufungsinstanz stattgehabten Verhandlungen als ein und dieselbe Instanz angesehen werden müssen. Es ist deßhalb der **Begriff der Instanz im Sinne der Civilprozeßordnung, und zwar für den Bereich der Zustellungen** zu bestimmen. Denn im Anschluß an den angezogenen § 162: „Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen, müssen an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen" befaßt sich § 163 a. a. O. mit Aufzählung der Prozeßhandlungen, welche „im Sinne des vorstehenden Paragraphen", also für das Gebiet der Zustellungen „auch" als zur Instanz gehörig angesehen werden sollen. Eine ausdrückliche Definition der „Instanz" findet sich in der Civilprozeßordnung nicht. Auch der § 163 setzt denselben als gegeben voraus, indem er nicht sämmtliche zur Instanz gehörigen Prozeßhandlungen erschöpft, sondern nur einzelne aufführt, welche „auch", d. i. neben anderen, selbstverständlich dazu gehörigen, zur Instanz gerechnet werden sollen. Es sind dies nach dem Gedankengange des Gesetzes, wie auch von den Motiven hervorgehoben wird, solche Prozeßhandlungen, deren Zubehörigkeit ohne die getroffene ausdrückliche Bestimmung zweifelhaft sein könnte. Bei dieser Betrachtung gewinnt es für die in Rede stehende Erörterung eine besondere Bedeutung, daß im § 163 C. P. O. auch das Verfahren erwähnt wird, welches eintritt, **wenn durch die Aufhebung eines ergangenen Urtheiles die Sache von neuem zur Verhandlung und Entscheidung in die Instanz gebracht wird, welche das aufgehobene Urtheil erlassen hatte.** In einem solchen Falle betrifft das neue Verfahren denselben Rechtsstreit, der auch vorher zur Entscheidung stand, es wird von demselben Gerichte wie früher, und in der, der Ordnung nach gleichen Instanz entschieden, und es muß das neue Verfahren schon deßhalb als eine bloße Fortsetzung des früheren angesehen werden, weil es durch den Wegfall des aufgehobenen Endurtheiles zu einem unvollendeten geworden ist, namentlich in den vielen Fällen, in welchen das aufhebende Urtheil eine positive Grundlage der neu zu treffenden Entscheidung nicht gegeben hat. Wenn trotzdem das Gesetz es für nothwendig erachtet, diesen Fall unter die Reihe der Prozeßhandlungen aufzunehmen, welche als zur Instanz gehörig an-

Digitized by Google

gesehen werden sollen, so ist der Schluß gerechtfertigt, daß nicht jede neue Verhandlung desselben Rechtsstreites in der gleichen Instanz, als dieselbe Instanz gelten soll, sondern nur dann, wenn die Voraussetzungen des § 163 a. a. O. zutreffen. Der Unterschied zwischen dem dort vorgesehenen Falle und dem hier vorliegenden liegt zu Tage. Während dort die betreffende Instanz noch des Endurtheils entbehrt, hat sie hier durch die rechtskräftig gewordene Entscheidung einen bleibenden Abschluß erlangt, während dort die neue Verhandlung und Entscheidung eine gebotene ist, kann hier nicht vorausgesehen werden, ob nach Erlaß seines ersten Urtheiles in der betreffenden Instanz der Berufungsrichter überhaupt wieder in Thätigkeit treten wird. Bei diesem Unterschiede kann nicht davon ausgegangen werden, das Gesetz habe in Verkennung desselben im zweifelhafteren Falle eine Prozeßhandlung als selbstverständlich zur Instanz gehörig betrachtet, obwohl es in einem kaum zweifelhaften Falle ähnlicher Art eine besondere Vorschrift über die Zugehörigkeit gegeben hat. Das Gesetz würde im § 163 eine umfassendere Bestimmung gegeben haben, wenn es unterschiedslos jede Verhandlung desselben Rechtsstreites in gleicher Instanz als dieselbe Instanz hätte angesehen wissen wollen. (R. G. 19. V. 83.) R. C. IX. (103.) 354—356.

7. Der „**für die Instanz bestellte Prozeßbevollmächtigte**", an welchen nach § 162 C. P. O. alle Zustellungen in einem anhängigen Rechtsstreite erfolgen müssen, kann im Sinne dieses Paragraphen bei der Zustellung eines Urtheiles nur der für die Instanz, in welcher das Urtheil ergangen ist, bestellte Prozeßbevollmächtigte sein, schon deßhalb, weil es an einem für die höhere Instanz bestellten gewöhnlich fehlen würde, ohne daß doch für diesen Fall besondere Vorschriften, wie in § 164 C. P. O. für die Zustellung der Rechtsmittelschrift, gegeben wären; ganz abgesehen davon, daß auch gar kein innerer Grund erdenklich wäre, weßhalb der Prozeßbevollmächtigte der höheren Instanz gemeint sein sollte, da doch Urtheile nicht bloß um die Rechtsmittelfrist in Lauf zu setzen, sondern auch zur Vorbereitung der Zwangsvollstreckung zugestellt werden. (R. G. 2. VI. 86.) R. C. XVI. (86.) 354.

8. **Generalsubstitutionsvollmacht für die Fälle der Verhinderung des substituirenden Anwalts; Auslegung und Wirksamkeit derselben in Betreff der Urtheilszustellung.** S. hierüber Urtheil des Reichsgerichts vom 3. Januar 1885. S. A. 40 bezw. 10 Nr. 248 S. 359 f.

9. **Wenn im Anwaltsprozesse ein Anwalt einen anderen Anwalt zu seinem Vertreter bestellt,** so kann dies nicht die Wirkung haben, daß der substituirte Anwalt als Prozeßbevollmächtigter an die Stelle des Substituenten tritt; dieser letztere und zwar er allein, bleibt vielmehr trotz der Substitution der Prozeßbevollmächtigte der Partei und haben deshalb an ihn nach § 162 die Zustellungen zu erfolgen. (R. G. 29. VI. 83.) R. C. XI. (93.) 370.

10. **Zustellungen erfolgen auch nach der Kündigung des Mandats bis zur Anzeige von der Bestellung eines anderen Anwalts an den bisherigen Prozeßbevollmächtigten.** (Entsch. des R. G. Bd. 9 S. 367 a. E., Bd. 10 S. 346; in Seuffert Archiv Bd. 39 Nr. 248.) Beschluß des O. L. G. zu Kiel v. 20. Jan. 1885. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 242 S. 353.

11. **Auch die Hauptinterventionsklage muß den Anwälten der Parteien,**

Digitized by Google

nicht diesen selbst zugestellt werden. (R. G. 24. IX. 84.) U. u. A. I. (60.) 110.

12. **Der Gegner braucht nur einem solchen Prozeßbevollmächtigten zuzustellen, den er als solchen kennt oder doch kennen muß.** (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 5 S. 360 und Bd. 9 S. 347 ff., und die Urth. des Reichsgerichts in den Sachen Rep. I. 460/84 (vgl. Bd. 14 S. 350 ff.) und Rep. 131/85 (vgl. R. C. Bd. 14 S. 371 ff.). — (R. G. 2. VI. 86.) R. C. XVI. (86.) 355.

13. **Die allgemeine Vorschrift des § 162 findet auch im Verfahren in Auseinandersetzungsangelegenheiten Anwendung, sofern nicht die Partei selbst geladen wird,** indem nur für diesen Fall im § 27 des preußischen Gesetzes vom 18. Februar 1880 deren Anwendbarkeit ausgeschlossen ist. Wenn im § 50 a. a. O. bestimmt ist: „Die Urtheile sind von Amts wegen in Ausfertigung zuzustellen, die Prozeßbevollmächtigten erhalten Abschrift des Urtheiles", so ist dadurch die in § 162 a. a. O. enthaltene Vorschrift nicht geändert, und es kann daraus insbesondere nicht gefolgert werden, daß die Zustellung der Abschrift des Urtheiles an den Prozeßbevollmächtigten der den Fristenlauf bestimmende Akt sei. Im § 50 a. a. O. ist über die Frage, wem zu behändigen sei, nichts bestimmt, namentlich die im § 162 C. P. O. enthaltene, für alle Zustellungen maßgebende Vorschrift nicht dahin abgeändert, daß die Urtheile der Partei selbst in Ausfertigung, auch wenn sie einen Prozeßbevollmächtigten hat, behändigt werden sollen, vielmehr nur, abweichend von § 288 C. P. O., wonach die Zustellung der Urtheile auf Betreiben der Partei erfolgt, die Zustellung einer Ausfertigung des Urtheiles von Amts wegen vorgeschrieben. Die Bestimmung, daß die Prozeßbevollmächtigten Abschrift des Urtheiles erhalten sollen, tritt auch nicht in Widerspruch mit der Vorschrift in § 162 a. a. O. Der Prozeßbevollmächtigte soll danach zu seiner Benachrichtigung eine Abschrift des Urtheiles erhalten; daneben ist ihm aber das Urtheil in Ausfertigung ordnungsmäßig für die Partei zu behändigen, um die an die Behändigung geknüpften prozessualischen Folgen, insbesondere den Lauf der Fristen herbeizuführen. (R. G. 12. XI. 80.) R. C. II. (121.) 418—421.

§ 163.

§ 163.

Als zu der Instanz gehörig sind im Sinne des vorstehenden Paragraphen auch diejenigen Prozeßhandlungen anzusehen, welche das Verfahren vor dem Instanzgerichte in Folge eines Einspruchs, einer Aufhebung des Urtheils des Instanzgerichts, einer Wiederaufnahme des Verfahrens oder eines neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckungsinstanz zum Gegenstande haben. Das Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte ist als zur ersten Instanz gehörig anzusehen.

§ 462.

§ 164.

§ 164.

Die Zustellung eines Schriftsatzes, durch welche ein Rechtsmittel eingelegt wird, erfolgt an den für die höhere Instanz von dem Gegner bestellten Prozeßbevollmächtigten; wenn ein solcher noch nicht bestellt ist, an den Prozeßbevollmächtigten der zunächst nachgeordneten Instanz; in Ermangelung eines solchen an den Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz.

Ist auch kein Prozeßbevollmächtigter erster Instanz vorhanden, so erfolgt die Zustellung an den von dem Gegner, wenngleich nur für die erste Instanz, bestellten Zustellungsbevollmächtigten; in Ermangelung eines solchen an den Gegner selbst, und zwar an diesen durch Aufgabe zur Post, wenn er einen Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen hatte, die Bestellung aber unterlassen hat.

E. G. § 8.

Digitized by Google

1. Die Civilprozeßordnung geht davon aus, daß die Partei, indem sie einen Prozeßbevollmächtigten aufstellt, den Prozeßbetrieb ganz aus der Hand gibt und will dem entsprechend, daß Zustellungen nur an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten geschehen sollen und wenn für die höhere Instanz ein solcher nicht bestellt ist, an den für die erste Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten. **Die Bestimmungen in § 164 C. P. O. sind als Anwendung dieser Regel, nicht aber als Ausnahme von derselben aufzufassen.** (R. G. 4. III. 83.) (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 8 S. 425.) R. C. IX. (95.) 330.

2. **Die Rechtsmittelfrist gegen Urtheile, welche der Partei von Amtswegen zugestellt werden müssen (§ 582), läuft jeder Partei von dem Tage an, an welchem ihr zugestellt wurde. Die Partei kann diese Frist durch selbständige Zustellung nicht ändern.** (§§ 164, 514.) (R. G. 21. VI. 82.) R. C. VII. (111.) 363. 364. A. VI. (55.) 235. 236.

3. **Die Bestimmung des § 164 bezieht sich nur auf solche Schriftsätze, durch welche ein Rechtsmittel eingelegt wird.** (R. G. 27. II. 83.) R. C. IX. (108.) 368.

4. **Begriff der „höheren Instanz" im Sinne der die Zustellung betreffenden Vorschriften der Civilprozeßordnung.** (R. G. 2. VI. 86.) S. hierüber bei § 162 ad R. C. XVI. (86.) 354.

5. **Zur Instanz gehört** — abgesehen von der speziellen Vorschrift des § 163 — **begriffsmäßig das ganze Verfahren bis zum Schlusse derselben, und dieser tritt erst mit der Zustellung des Urtheils ein, welche letztere die Fristen für die Einlegung der Rechtsmittel eröffnet.** (§§ 477, 517, 540 C. P. O.) Für die genannte Zustellung ist daher die Bestimmung des § 162 a. a. O. maßgebend. (R. G. 2. III. 83.) R. C. X. (104.) 347. A. VII. (147.) 478. S. auch bei § 162 ad R. C. X. (104.) 346. 347.

6. Für die Frage, **ob die Zustellung der Rechtsmittelschrift an den bei Gelegenheit eines früher in demselben Prozesse eingelegten Rechtsmittels von dem Gegner für die gleiche Rechtsmittelinstanz bestellten Prozeßbevollmächtigten geschehen muß,** ist das Entscheidende, ob das Verfahren auf mehrere gegen dasselbe Urtheil eingelegte Berufungen zusammen nur eine „Instanz" im Sinne des § 164 Abs. 1 C. P. O. darstellt. Für die Beantwortung dieser Frage sind die §§ 30—32 des Gerichtskostengesetzes nicht mit heranzuziehen, da diese den Begriff der Instanz nur „im Sinne des § 28" dieses Gesetzes bestimmen wollen; maßgebend kann höchstens sein der § 163 C. P. O., welcher zunächst freilich die „Instanz" auch nur „im Sinne des vorstehenden Paragraphen" (§ 162) definirt, aber auch für den § 164 bedeutend wird, weil letzterer nach dem Zusammenhange des Gesetzes offenbar die „Instanz" in keinem anderen Sinne meinen kann, als der § 162. Aus dem § 163 C. P. O. nun mag man wohl entnehmen, daß durch **zwei Berufungen innerhalb desselben Prozesses gegen zwei verschiedene Urtheile** auch zwei selbständige „Instanzen" eröffnet werden; wenigstens liegt dieser Schluß vom Gegentheile nahe, wenn man sieht, daß das vor dem Instanzgerichte infolge einer Aufhebung des Urtheiles desselben oder infolge eines neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckungsinstanz stattfindende Verfahren ausdrücklich als zu derselben Instanz gehörig hervorgehoben wird. Aber für eine ähnliche

Digitized by Google

Einschränkung des Begriffs der Instanz in Ansehung mehrerer gegen dasselbe Urtheil ergriffener Berufungen gewährt der § 163 gar keinen Anhalt; vielmehr läßt er diese Frage völlig offen. Bei dieser Sachlage erscheint es als **das natürlichste, solche Berufungen sämmtlich zu derselben Instanz zu rechnen**; denn sonst dürfte man auch denjenigen Fall nicht unter die erste Bestimmung des § 164 Abs. 1 C. P. O. bringen, wo die Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten für die höhere Instanz von seiten des Gegners nur insofern zur Kenntniß des die Berufung Ergreifenden gekommen ist, als der Gegner schon vorher durch diesen Anwalt seinerseits die Berufung eingelegt hat, und so würden dann für die praktische Anwendung der ganzen Bestimmung nur seltene Fälle übrig bleiben. Mindestens für diejenigen Fälle stellt sich diese Erwägung als durchgreifend dar, in denen die zuerst eingelegte Berufung noch anhängig ist. Insofern geräth man hier mit dieser Entscheidung auch nicht in Widerspruch mit dem Urtheile des II. Civilsenates (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 8 S. 368 ff.); denn dort ist das Hauptgewicht für die Entscheidung im entgegengesetzten Sinne darauf gelegt, daß die frühere Berufung derselben Partei mit Eintritt der Rechtskraft des Urtheiles, welches das Rechtsmittel für wirkungslos erklärte, endgültig abgethan gewesen sei. (R. G. 18. II. 85.) R. C. XIV. (99.) 351. 352. (S. auch (R. G. 20. VI. 85.) R. C. XIV. (104.) 371.)

7. **Die Berufungen gegen zwei verschiedene, in demselben Rechtsstreite, ergangene Urtheile gehören nicht zu derselben „Instanz" im Sinne der §§ 162—164 C. P. O.**, und in der Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten für die eine Berufungsinstanz liegt an sich gar nicht zugleich auch seine Bestellung für die etwaige andere Berufungsinstanz. (R. G. 2. VI. 86.) R. C. XVI. (86.) 354. 355.

8. **Es ist möglich, daß in demselben Civilprozesse seitens des Prozeßgerichtes erster Instanz mehrere Urtheile gefällt werden, von denen ein jedes für sich durch eine Berufung angreifbar ist**, z. B. Zwischenurtheile, welche in betreff der Rechtsmittel als Endurtheile gelten (§§ 248 Abs. 2, 275, 276 C. P. O.) und Theilurtheile (§§ 273, 274, 318 C. P. O.). Von diesen Urtheilen können unter Umständen alle von derselben Partei, oder einzelne von der einen, einzelne von der anderen Partei, oder schließlich einzelne oder auch, in eigenartigen Fällen, alle Urtheile von beiden Parteien durch Berufung angegriffen werden. Dabei kann, möglicherweise, eine der Berufungen eingelegt werden, nachdem eine von derselben Partei oder von der Gegenpartei gegen dasselbe Urtheil, welches durch die betreffende Berufung angefochten wird, oder gegen eins oder mehrere der anderen Urtheile früher eingelegte Berufung bereits auf Grund einer kontradiktorischen Verhandlung, als verfrüht eingelegt und deßwegen unwirksam, oder als unzulässig, oder als unbegründet zurückgewiesen war, möglicherweise auch zu einer Zeit, als die Verhandlung über eine früher eingelegte Berufung noch schwebte. **Es fragt sich nun, ob sich durch Auslegung der Civilprozeßordnung die Norm begründen läßt, daß in jedem Falle der Einlegung einer Berufung in einem Civilprozesse, in dessen Verlauf bereits eine Berufung gegen irgend ein Urtheil eingelegt und die bei der einzulegenden Berufung die Stellung als Berufungsbeklagte einnehmende Partei in dem Verfahren über die frühere Berufung durch einen Prozeß-**

Digitized by Google

bevollmächtigten vertreten worden war, dieser Prozeßbevollmächtigte auch für das Verfahren in Bezug auf die einzulegende Berufung von jener Partei für bestellt erachtet, und derjenige Schriftsatz, durch dessen Zustellung die Berufung eingelegt werden soll, diesem Bevollmächtigten, als dem im Sinne des § 164 C. P. O. für die höhere Instanz von dem Gegner bestellten Bevollmächtigten, zugestellt werden müsse. Ein solcher Grundsatz läßt sich nicht begründen. — Die Begründung ist versucht worden aus dem Inhalte der §§ 77, 79, 83 C. P. O. durch die Ausführung, daß, weil alle einzelnen Berufungen und das Verfahren über dieselben in einem und demselben Prozesse zu dem Rechtsstreite gehörten, nach dem Inhalte jener Gesetzesstellen mit der Ertheilung einer Prozeßvollmacht an einen Rechtsanwalt für die Berufungsinstanz zur Zeit, als in dem betreffenden Prozesse eine bestimmte Berufung einzulegen oder bereits eingelegt war, auch die Ermächtigung zur Vertretung in dem Verfahren über alle Berufungen ertheilt sei, welche etwa in dem Prozesse noch eingelegt werden würden. Diese Begründung ist nicht stichhaltig, weil zwar der Prozeß oder Rechtsstreit das Verfahren in allen Instanzen umfaßt, die Prozeßvollmacht zur Vertretung für die höhere Instanz aber nur auf die Vertretung in einem Abschnitte des Prozesses gerichtet ist, und es deßwegen, in Verknüpfung mit dem Unterschiede, welchen das Gesetz in dem § 77 und den §§ 162—164 C. P. O. zwischen Prozeßbevollmächtigten für die Instanz, bezw. für die höhere und für die zunächst nachgeordnete Instanz zieht, in Verbindung ferner mit den Vorschriften der Civilprozeßordnung und Rechtsanwaltsordnung über die Zulassung der Rechtsanwälte bei bestimmten Gerichten, als durchaus verfehlt erscheint, die Bedeutung des § 164 C. P. O. durch eine Argumentation aus den Bestimmungen des vierten Titels im zweiten Abschnitte des ersten Buches der Civilprozeßordnung, bei welcher der Begriff des Rechtsstreites im allgemeinen und der Begriff der Verhandlung des Rechtsstreites in höherer Instanz, wie gleiche Größen behandelt werden, klarlegen zu wollen. Die aufgeworfene Frage findet ihre korrekte Lösung dadurch, daß man den § 164 C. P. O. in seinem Zusammenhange mit den §§ 162, 163 C. P. O. betrachtet. Die Kombination des Inhaltes dieser Gesetzesstellen unter adminikulirender Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 164 (insbesondere der auf den § 778 des Entwurfes einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund sich beziehenden Stelle S. 1502 der Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung jenes Entwurfes, sowie des letzten Absatzes der Begründung der §§ 155—157 des Entwurfes der deutschen Civilprozeßordnung von 1874) führt zu dem Ergebnisse, daß **die höhere Instanz im Sinne des § 164 C. P. O.** (d. h. diejenige höhere Instanz, für welche derjenige Prozeßbevollmächtigte von der Gegenpartei im Sinne des Gesetzes bestellt ist, an welchen, im Falle dieser Bestellung, die Zustellung eines Schriftsatzes, durch welche die zu der betreffenden höheren Instanz gehörige Einlegung eines Rechtsmittels verwirklicht werden soll, erfolgen muß, damit das Rechtsmittel gesetzesgerecht eingelegt sei) derjenige Abschnitt eines Civilprozesses ist, in welchem die Einlegung von Rechtsmitteln der Streittheile gegen ein und dasselbe in dem betreffenden Civilprozesse gefällte Urtheil sowie die Verhandlung über die gegen dieses Urtheil eingelegten Rechtsmittel vor demjenigen Gerichte sich verwirklicht, welches dem

Digitized by Google

jenes angegriffene Urtheil fällenden Gerichte zunächst übergeordnet ist; wobei von dem Gesetze dieser besondere Prozeßabschnitt als ein einheitlicher gedacht ist, welcher bei voller Durchführung mit der Entscheidung des höheren Gerichtes über die ihm zur Entscheidung in diesem besonderen einheitlichen Abschnitte unterbreiteten Rechtsmittelanträge beendigt wird, indessen mit der nicht über ihre scharfe positive Grenze auszudehnenden Satzung, daß diejenigen Prozeßhandlungen, welche das Verfahren vor dem Instanzgerichte infolge eines Einspruches, infolge einer Aufhebung des Urtheiles des Gerichtes der Rechtsmittelinstanz durch das demselben übergeordnete Gericht und der Zurückweisung der Sache an das Gericht der Rechtsmittelinstanz, schließlich infolge einer Wiederaufnahme des Verfahrens zum Gegenstande haben, als zu derselben höheren Instanz gehörig anzusehen sind. Zu der höheren Instanz im Sinne des § 164 C. P. O. gehören daher solche Prozeßhandlungen nicht, bei welchen die vorgekennzeichneten Kriterien nicht zutreffen, also namentlich nicht die vor Einlegung einer Berufung bereits durch ein Berufungsurtheil erledigte Verhandlung über eine gegen dasselbe Urtheil erster Instanz verfrüht eingelegte und deßwegen für unwirksam erklärte Berufung, auch nicht die Einlegung und Verhandlung in Bezug auf Berufungen gegen andere Urtheile erster Instanz in demselben Prozesse als dasjenige Urtheil, gegen welches die Berufung durch Zustellung eines Schriftsatzes eingelegt werden soll. Dadurch wird natürlich nicht ausgeschlossen, daß das Gericht, bei welchem Berufungen gegen verschiedene in demselben Prozesse gefällte Urtheile eingelegt sind und zur Verhandlung gelangen, anordnen kann, daß die Verhandlung und Entscheidung über dieselben verbunden werden solle. Das berührt die Frage in keiner Weise, ob zur Zeit der Einlegung solcher Rechtsmittel jedes derselben zu einer für sich seienden Berufungsinstanz gehörte oder nicht. Es liegt in der Natur der Sache, daß in den Worten des § 164 C. P. O. **„an den für die höhere Instanz von dem Gegner bestellten Prozeßbevollmächtigten"** von dem Gesetze ein Bevollmächtigter gemeint ist, dessen Bestellung zum Prozeßbevollmächtigten des Gegners für die in Frage stehende bestimmte höhere Instanz der die Zustellung desjenigen Schriftsatzes, durch welche die Einlegung eines zu dieser Instanz gehörigen Rechtsmittels erfolgen soll, betreibenden Partei, bezw. ihrem Prozeßbevollmächtigten für die betreffende Instanz, in einem vor der Zustellung jenes Schriftsatzes liegenden, einen ausreichenden Zeitraum zur Realisirung der Zustellung offenlassenden Zeitpunkte durch ausdrückliche Erklärung oder klar ersichtlich konkludente Akte im Prozesse kundgethan ist. Die Verwirklichung von Schritten behufs Zustellung an den vom Gegner für die höhere Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten **setzt die Kenntniß des die Zustellung Betreibenden von der Bestellung jenes Prozeßbevollmächtigten voraus**; diese Kenntniß ermöglicht jene Verwirklichung bei der Norm des Gesetzes über die Nothfrist zur Einlegung der Rechtsmittel nur, wenn von dem Eintritte der Kenntniß noch ein solcher Theil der Nothfrist freibleibt, um die Zustellung der Kenntniß gemäß auszuführen. Das Gesetz kann daher verständigerweise (und ein unverständiger Wille darf bei dem Gesetzgeber nicht angenommen werden) die Zustellung der Berufungsschrift an den Prozeßbevollmächtigten des Berufungsbeklagten nur dann für nicht geeignet erachtet haben, die Einlegung

Digitized by Google

der Berufung zu bewirken, wenn der die Zustellung betreibende Prozeßbevollmächtigte des Berufungsklägers zu einem Zeitpunkte der vorgekennzeichneten Art die Kenntniß von der Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten seitens des Berufungsbeklagten für die Instanz der einzulegenden Berufung besaß, oder bei Anwendung derjenigen Sorgfalt und dem Besitze desjenigen Verständnisses der einschlagenden Rechtsnormen, welche bei einem Rechtsanwalte vorauszusetzen sind, besitzen mußte. Die vorentwickelten Prinzipien scheinen in ihrer Anwendung auf verschiedenartig mäncirte konkrete Thatbestände folgenden Urtheilen zu Grunde zu liegen: 1. dem Urtheile des R. G.'s III. Civils. vom 20. September 1881 Rep. III. 444/81, in Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 5 S. 97; 2. dem Urtheile des R. G.'s I. Civils. vom 14. Oktober 1882 Rep. I. 350/82; 3. dem Urtheile des R. G.'s II. Civils. vom 22. Dezember 1882 Rep. II. 410/82, in Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 8 S. 108; 4. dem Urtheile des R. G.'s II. Civils. vom 27. April 1883 Rep. II. 457/82, in Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 9 S. 100; 5. dem Urtheile des R. G.'s V. Civils. vom 19. Mai 1883 Rp. V. 161/83, in Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 9 S. 103; 6. dem Urtheile des R. G.'s I. Civils. vom 10. Dezember 1884 Rep. I. 354/84; 7. dem Urtheile des R. G.'s I. Civils. vom 18. Februar 1885 Rep. I. 460/84, in Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 14 S. 348; 8. dem Urtheile des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 3. März 1881 (im Württembergischen Gerichtsblatte Bd. 19 S. 268). Ein Urtheil des V. Civils. des R. G.'s vom 25. Oktober 1882 Rep. V. 506/82 (abgedruckt in Gruchot's Beiträgen Bd. 27 S. 1077) scheint auf einer abweichenden Anschauung zu beruhen. Ein Fall des Konflikts im Sinne des § 137 G. V. G. war indessen nicht für gegeben zu erachten, weil das entscheidende Gewicht, welches bei jener Entscheidung auf den Inhalt des § 77 C. P. O. gelegt war, in dem oben unter 5. aufgeführten Urtheile desselben Senates aufgegeben ist. Jene frühere Entscheidung betraf übrigens nicht den hier zur Beurtheilung vorliegenden Fall, daß die früher eingelegte Berufung gegen ein Theilurtheil eingelegt war, sondern den Fall der früheren Einlegung einer Berufung gegen ein Zwischenurtheil, welches in bezug auf die Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen war. Mit Rücksicht auf die Lage des vorliegenden Falles ist noch folgende Erwägung angezeigt. Es ist nicht unmöglich, daß diejenige Partei, welche bei der einzulegenden Berufung die Stellung des Berufungsbeklagten einnimmt, vor Zustellung des Schriftsatzes, durch welchen diese Berufung eingelegt werden soll, in Erwartung, daß diese Berufung eingelegt werde, einen Prozeßbevollmächtigten zu ihrer Vertretung in der diese Berufung betreffenden Berufungsinstanz bestellt und diese Bestellung der Gegenpartei in dem oben bezeichneten Sinne kundgethan hat, und wird in einem solchen Falle die Zustellung des Schriftsatzes zur Einlegung der Berufung an den so bestellten Prozeßbevollmächtigten zu erfolgen haben. Es darf indessen eine solche Bestellung und ein solches Kundthun (in Erwägung der oben entwickelten Prinzipien) darin nicht gefunden werden, daß einem Rechtsanwalte, welcher die betreffende Partei in einem nach jenen Prinzipien nicht zu der Instanz des einzulegenden Rechtsmittels gehörigen Berufungsverfahren in demselben Prozesse vertreten hatte, während des

Digitized by Google

zuletzt gekennzeichneten Berufungsverfahrens eine sogenannte Instanzvollmacht zur Vertretung in der Berufungsinstanz oder in der zweiten Instanz ertheilt war; denn diese Vollmacht war (im Hinblicke auf die entwickelten Prinzipien) lediglich auf diejenige Berufungsinstanz zu beziehen, in welcher dieselbe ertheilt war; jedenfalls war eine etwa bei ihrer Ausstellung innerlich vorliegende abweichende Absicht des Ausstellers für die Gegenseite nicht offensichtlich. (R. G. 20. VI. 85.) R. C. XIV. (104.) 371—377.

9. **Dem für die Berufung gegen ein Zwischenurtheil bestellten Prozeßbevollmächtigten ist die Berufung des Gegners gegen das Endurtheil zuzustellen.** Eine Prozeßvollmacht für die 2. Instanz ermächtigt nach § 77 der C. P. O. zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen in der betreffenden Instanz, wenn nicht eine — gesetzlich zulässige — Beschränkung ausdrücklich beigefügt ist. Urtheil des Reichsgerichts vom 25. Oktober 1882. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 55 S. 87 f.

10. Die in § 164 der C. P. O. aufgestellte Reihenfolge derjenigen, welchen der Schriftsatz, durch den ein Rechtsmittel eingelegt wird, zuzustellen ist, muß allerdings streng eingehalten werden, und **ein Verstoß hiergegen hat die Ungültigkeit des Zustellungsaktes zur Folge. Die Anwendung der Vorschrift des § 164 Abs. 1, daß ein Schriftsatz, durch dessen Zustellung das Rechtsmittel eingelegt wird, in erster Linie dem für die höhere Instanz von dem Gegner bestellten Prozeßbevollmächtigten zuzustellen ist, setzt jedoch voraus, daß von dem Gegner bereits für die höhere Instanz ein Prozeßbevollmächtigter nicht bloß beauftragt, sondern der betreibenden Partei gegenüber bestellt worden sei.** Diese Voraussetzung ergibt sich aus der Natur der Sache. In den Protokollen der norddeutschen Prozeßkommission S. 1502 ist bezüglich der Eventualität, daß der Ver.-Beklagte einen Bevollmächtigten für die höhere Instanz bestellt habe, gesagt: „was immer dann der Fall sein wird, wenn er seinerseits gleichfalls als Ver.-Kläger aufgetreten ist". Hierbei darf man allerdings davon ausgehen, daß der angeführte Fall nur als Beispiel anzusehen ist, und daß die Vorstellung als Prozeßbevollmächtigter für die höhere Instanz auch auf andere Weise erfolgen kann. Auch in den Motiven zur C. P. O. S. 99 ist bemerkt: „Die Bestellung des Anwalts ist dem Prozeßgegner anzuzeigen und bleibt für denselben in Kraft, bis ihm die Bestellung eines anderen Anwaltes angezeigt ist", weil vorausgesetzt wird, daß der für die höhere Instanz bestellte Prozeßbevollmächtigte sich der betreibenden Partei bereits als Prozeßbevollmächtigter vorgestellt habe (Gaupp Kommentar Bd. 1 S. 445). Urtheil des O. L. G. zu Stuttgart vom 27. Dezember 1881. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 346 S. 459. 460.

11. **Die Berufungsschrift bezw. Revisionsschrift ist, wenn der Gegner im Voraus zugleich mit der Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten für die untere Instanz auch schon einen eventuellen Prozeßbevollmächtigten für die betreffende höhere Instanz bestellt hat, letzterem zuzustellen.** Dem Wortlaut zufolge verlangt der § 164 Abs. 1 C. P. O. als Voraussetzung dafür, daß die Rechtsmittelschrift dem für die höhere Instanz vom Gegner bestellten Prozeßbevollmächtigten zugestellt werden müsse, überhaupt weiter nichts, als daß dieser eben bestellt sei, und im Sinne der Civilprozeßordnung gehört zur „Bestellung" des Prozeßbevollmächtigten noch keines-

Digitized by Google

wegs die betreffende Mittheilung an den Gegner. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 14 S. 351.) Aber allerdings kommt nach der Natur der Sache im wahren Sinne der erwähnten Prozeßvorschrift nur ein solcher Prozeßbevollmächtigter der höheren Instanz dabei in Betracht, von dessen Bestellung der Gegner oder dessen Prozeßbevollmächtigter weiß oder doch wissen mußte. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 5 S. 360, Bd. 9 S. 347, Bd. 14 S. 350 ff. 374 ff., Bd. 16 S. 355.) Im Uebrigen setzt die Civilprozeßordnung voraus, daß ein Anwalt für die zweite Instanz mit der im § 164 Abs. 1 vorgesehenen Wirkung schon vor Einlegung der Berufung im voraus bestellt werden könne; daß diese Bestellung nicht schon vor Beendigung des Verfahrens erster Instanz geschehen könne, deutet das Gesetz in keiner Weise an. (Vgl. auch Entscheidung des Reichsgerichtes in der Sache Rep. II. 224/85, mitgetheilt in der Jurist. Wochenschrift Jahrg. 14 S. 353 ff., und ferner Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 14 S. 350 ff.) Eine besondere Vorstellung ist kein formelles Erforderniß der Anwaltsbestellung, bezw. keine gesetzliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Bestimmung des § 164 Abs. 1 C. P. O. Es heißt daher dem gegnerischen Anwalte erster Instanz nicht zuviel zumuthen, wenn man verlangt, daß er sich die ihm, gleichviel in welchem Stadium des Prozesses, zur Kenntniß gekommene Bestellung eines Anwaltes für die etwaige Berufungsinstanz merke und dem etwa von ihm verschiedenen Prozeßbevollmächtigten seiner Partei für die zweite Instanz rechtzeitig mittheile .... Insofern kommt es zwar speziell auf die Kunde des zustellenden Prozeßbevollmächtigten der höheren Instanz davon an, daß auch der Gegner schon einen Prozeßbevollmächtigten für diese Instanz bestellt habe, als jener dann gültig die Rechtsmittelschrift dem gegnerischen Prozeßbevollmächtigten der vorigen Instanz zustellt, wenn nicht nur er selbst ohne seine Schuld noch nichts von der Bestellung des gegnerischen Bevollmächtigten für die höhere Instanz weiß, sondern auch seine Partei und deren Prozeßbevollmächtigter der vorigen Instanz erst so spät in die Lage kamen, von dieser Bestellung zu erfahren, daß es ihnen nicht als Schuld angerechnet werden kann, daß sie ihren Prozeßbevollmächtigten der höheren Instanz noch nicht davon unterrichtet hatten; hieraus erklären sich die Entscheidungen des Reichsgerichtes in den Entscheidungen in Civilsachen Bd. 5 S. 360 und Bd. 9 S. 347 ff. (R. G. 12. V. 87.) R. C. XVIII. (89.) 395—397.

12. **Indem § 164 nur von dem für die betreffende Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten, und nicht von dem für die betreffende Instanz bestellten und in derselben zugelassenen Anwalt spricht, fordert er nicht, daß der für die Rechtsmittelinstanz bestellte Prozeßbevollmächtigte auch bei dem Gericht derselben zugelassen sei, um demselben zustellen zu können.** Die Gültigkeit der Prozeßvollmacht ist, wenn es sich um einen Anwaltsprozeß handelt, nicht durch die Eigenschaft des Bevollmächtigten als Anwalt, bezw. als bei dem betreffenden Gericht zugelassener Anwalt bedingt. Aus § 77 der C. P. O. ergibt sich, daß der Prozeßbevollmächtigte, auch wenn er nicht als Anwalt bei dem betreffenden Gericht zugelassen ist, doch zur Bestellung eines bei demselben zugelassenen Rechtsanwaltes zum Vertreter und zur Bestellung eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen befugt ist (Gaupp Bd. 1 S. 257. 258). Hat eine Partei

Digitized by Google

ihrem Gegner gegenüber einen Anwalt für eine Instanz bestellt, so bleibt diese Bestellung für den Gegner in Kraft, bis ihm die Bestellung eines anderen Anwalts angezeigt ist; es kann demselben also auch für diese Instanz zugestellt werden, auch wenn er bei dem Gericht dieser Instanz nicht zugelassen ist. Man darf annehmen, daß das Gesetz im Interesse der Rechtssicherheit für die Frage, wem der Schriftsatz, durch dessen Zustellung das Rechtsmittel eingelegt wird, gültig zugestellt werden kann, die dem Betreibenden gegenüber erfolgte Bestellung des Prozeßbevollmächtigten nach ihrem objektiven Inhalt entscheiden lassen, und dem Betreibenden nicht Untersuchungen darüber zumuthen will, ob die ihm angezeigte Bestellung des Prozeßbevollmächtigten seines Gegners den über den Anwaltszwang und die Zulassung zur Anwaltschaft geltenden Vorschriften, deren Befolgung Sache dessen ist, der den Prozeßbevollmächtigten bestellt, entspricht. Derjenige, welcher für die Ber.-Instanz einen bei dem Ber.-Gericht nicht zugelassenen Anwalt als Prozeßbevollmächtigten seinem Gegner bezeichnet, kann diesem, wenn derselbe sich an diese Bestellung hält und ihr entsprechend die Zustellung vornimmt, nicht die Einwendung entgegenhalten, er hätte diese Anzeige, weil der ihm benannte Prozeßbevollmächtigte nicht bei dem Ber.-Gericht zugelassen sei, nicht beachten sollen. Denn diese Einwendung wäre dolos. Urtheil des O. L. G. zu Stuttgart vom 27. Dezember 1881. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 346 S. 460. 461.

13. **Die Zustellung der Berufung an den Substitutionsbevollmächtigten der Gegenpartei ist unzulässig.** Der § 77 der C. P. O. ermächtigt den Prozeßbevollmächtigten nicht zur Bestellung eines anderen oder zweiten Prozeßbevollmächtigten, sondern nur zur Bestellung eines Vertreters für ein gewisses Verfahren oder gewisse Akte derselben Instanz, indem die Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten ausdrücklich nur für die höheren Instanzen, also nicht für dieselbe Instanz nachgelassen ist, und der im Sinne des § 77 ernannte Vertreter hat nicht die Befugnisse eines Prozeßbevollmächtigten im Allgemeinen, sondern nur diejenigen Befugnisse, welche ihm durch die Substitutionsvollmacht für dieselbe Instanz, wofür sein Substituent bestellt ist, speziell übertragen worden sind. Am wenigsten ermächtigt die Substitution zur Vertretung bei einem gar nicht mehr zur Instanz gehörigen Akt, und die im § 164 der C. P. O. angeordnete eventuelle Zustellung des die Einlegung eines Rechtsmittels enthaltenden Schriftsatzes an den Prozeßbevollmächtigten der zunächst nachgeordneten Instanz betrifft nicht einen Akt der letzteren, vielmehr einen Akt der höheren Instanz. Durch den § 164 ist die gedachte Zustellung nicht etwa zu einem Akte der schon erledigten Instanz gemacht, sondern es ist aus Gründen der Zweckmäßigkeit, weil in der Regel ein Bevollmächtigter der höheren Instanz zur Zeit nicht vorhanden ist, dem der vorhergehenden Instanz eine Funktion zugewiesen, welche die höhere Instanz einleitet und zu dieser gehört, und gerade deßhalb, weil diese Funktion nicht zu den Befugnissen des nach § 77 bestellten Vertreters gerechnet werden kann, ist der § 164 dahin aufzufassen, daß die Zustellung nur an den Prozeßbevollmächtigten der vorigen Instanz, nicht auch an den von diesem bestellten Vertreter erfolgen darf. (R. G. 26. II. 85.) U. u. A. I. (279.) 457. 458.

Digitized by Google

14. **An einen Anwalt zweiter Instanz, welcher sich aus Anlaß eines früheren für wirkungslos erklärten Berufungsaktes bereits als Prozeßbevollmächtigter des Gegners bestellt hatte, kann eine Zustellung nicht geschehen.** (R. G. 27. II. 83.) R. C. IX. (108.) 367. S. hierüber bei § 477 Abs. 1 eodem.

15. **Wenn der Anwalt zweiter Instanz nach Verkündigung, jedoch vor Zustellung des Berufungsurtheiles, die Anwaltschaft niedergelegt hat, so kann die Zustellung dieses Urtheiles nicht an den Anwalt erster Instanz mit der Wirkung, daß sie den Lauf der Revisionsfrist eröffnet, geschehen.** Es ist in einem solchen Falle die Ernennung eines neuen Anwaltes — § 221 C. P. O. —, damit an diesen die Zustellung vorschriftmäßig bewirkt werden könne, nothwendig. (Vgl. Wilmowski-Levy, 2. Aufl. S. 205 u. 272; Seuffert, 2. Aufl. S. 200 u. 261.) (R. G. 2. III. 83.) R. C. X. (104.) 347. A. VII. (147.) 478.

16. **Zur Zustellung des Berufungsurtheils bedarf es, wenn der Anwalt 2. Instanz unfähig geworden war, die Vertretung fortzuführen, der Ernennung eines neuen Anwalts (§ 221), damit an diesen die Zustellung vorschriftsmäßig bewirkt werden könne.** (Vgl. Wilmowsky u. Levy, 2. Aufl. S. 205 und 272; Seuffert, 2. Aufl. S. 200 und 261.) Urtheil des Reichsgerichts vom 9. März 1883. R. A. 1883, bes. Beil. 5 S. 1. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 248 S. 342.

17. **Die Zustellung der Berufungsschrift kann, wenn der Prozeßbevollmächtigte des Gegners nach der Zustellung des Urtheiles erster Instanz verstorben und ein Zustellungsbevollmächtigter nicht bestellt ist, mit Wirksamkeit an den Gegner selbst erfolgen.** Auf den Grund des Nichtvorhandenseins eines Prozeßbevollmächtigten legt das Gesetz zufolge seines klaren Wortlautes kein Gewicht; es findet mithin auch dann Anwendung, wenn der vorhanden gewesene Prozeßbevollmächtigte vor der Zustellung der Berufungsschrift verstorben war. **Eine Unterbrechung des Verfahrens ist aber mit dem Tode des Anwaltes nicht eingetreten.** Denn von einer Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod oder die Unfähigkeit eines Anwaltes und den im § 226 a. a. O. gedachten Sistirungswirkungen einer solchen kann nur gesprochen werden, wenn das Verfahren derjenigen Instanz, für welche der Anwalt bestellt war, noch nicht zum Abschlusse gelangt ist, vielmehr in derselben noch Prozeßhandlungen vorzunehmen waren, welche die Mitwirkung jenes Anwaltes erheischten. Mit der ordnungsmäßigen Zustellung des Urtheiles hatte aber das Verfahren der ersten Instanz, soweit es sich um die Abgrenzung desselben von dem Verfahren der höheren Instanz handelt, da keiner der im § 163 a. a. O. vorgesehenen Fälle hier in Frage steht, seine Endschaft erreicht, und nach der positiven Vorschrift des § 164 a. a. O. bedurfte es für die Eröffnung der Berufungsinstanz auf seiten des Berufungsbeklagten nicht der Mitwirkung eines Anwaltes. (R. G. 8. I. 85.) R. C. XIII. (76.) 310—312. u. S. A. Bd. 40 Nr. 314 S. 452.

18. Obgleich in § 164 Abs. 1 C. P. O. als Voraussetzung für die Nothwendigkeit der Zustellung der Einlegungsschrift an den für die höhere Instanz vom Gegner bestellten Prozeßbevollmächtigten nur diese Bestellung selbst, nicht auch das Wissen oder Wissenmüssen des Zustellenden von derselben bezeichnet wird, und obgleich zur „Bestellung" begrifflich nicht

Digitized by Google

etwa auch die Mittheilung an den Gegner gehört (vgl. auch § 83 Abs. 1 C. P. O.: „Anzeige der Bestellung"), so muß doch aus inneren Gründen jenes Wissen oder Wissenmüssen als fernere Voraussetzung hinzukommen. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 5 S. 360 und Bd. 9 S. 347.) (R. G. 18. II. 85.) R. C. XIV. (99.) 351.

19. Nach C. P. O. § 164 muß zwar die Zustellung des Schriftsatzes, durch welchen ein Rechtsmittel eingelegt wird, an den für die höhere Instanz von dem Gegner bestellten Prozeßbevollmächtigten und erst in dessen Ermangelung an den Prozeßbevollmächtigten der zunächst nachgeordneten Instanz erfolgen. **Diese Vorschrift setzt jedoch voraus, daß nicht nur ein Prozeßbevollmächtigter für die höhere Instanz bestellt ist, sondern daß dies auch der betreibenden Partei bekannt ist oder doch hat bekannt sein müssen.** Das wird zwar regelmäßig in dem Falle anzunehmen sein, wenn der Revisionsbeklagte auch seinerseits als Revisionskläger aufgetreten ist (vgl. Protokolle der norddeutschen Prozeßkommission S. 1502), immer aber doch unter der Bedingung, daß dem betreibenden Theile bei seiner Zustellung die Einlegung des Rechtsmittels durch einen Prozeßbevollmächtigten der Gegenpartei bekannt war, oder dann, wenn der Zeitraum zwischen den beiden Zustellungen ein so geräumiger ist, daß der Betreibende bei seiner Zustellung von der Zustellung des Gegners füglich Kenntniß haben mußte. (R. G. 20. IX. 81.) R. C. V. (97.) 360. A. IV. (93.) 326. (R. C. IX. (100.) 347.)

20. **Die Vorschrift im ersten Satze des § 164 C. P. O. findet keine Anwendung, wenn dem Prozeßbevollmächtigten der Partei, für welche ein Rechtsmittel eingelegt werden soll, die Bestellung des höherinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Gegenpartei unbekannt und seine Unkenntniß von ihm nicht verschuldet ist.** Dies folgt aus der Natur der Sache und aus der dem § 83 Abs. 1 a. a. O. zu Grunde liegenden Rechtsnorm, brauchte daher im Gesetze nicht besonders hervorgehoben zu werden (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 5 Nr. 97 S. 360). (R. G. 27. IV. 83.) R. C. IX. (100.) 347.

21. **Die Zustellung des Berufungsschriftsatzes, welche an den gegnerischen Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz erfolgt, wird dadurch ungültig, daß der mit der Uebergabe des Schriftsatzes Beauftragte von der bereits geschehenen Bestellung des zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Gegenpartei Kenntniß hat.** Ein solcher Auftrag betrifft nur Dienstleistungen untergeordneter Art: das rein mechanische Geschäft der Schriftübergabe (§ 156 Abs. 1 C. P. O.) und der Einholung des schriftlichen Empfangsbekenntnisses (§ 181 Abs. 2 C. P. O.); Verrichtungen, welche auch dem Gerichtsvollzieher, Postboten, wie jeder beliebigen Mittelsperson überlassen werden konnten. Der mit dergleichen Handlungen (dem bloßen Ueberbringen fremder Willenserklärungen) Beauftragte steht zu dem von ihm vermittelten Geschäfte nicht in einer solchen Beziehung, daß sein Wissen und Nichtwissen auf den Bestand des Geschäftes irgend welchen Einfluß zu äußern vermöchte (vgl. v. Ihering in den Jahrb. f. Dogmatik Bd. 1 S. 279, 290; Unger, System des österr. Privatr. Bd. 2 § 90 S. 130 ff. 3 Aufl.). (R. G. 27. IV. 83.) R. C. IX. (100.) 348.

Digitized by Google

Wo?

§ 165. **§ 165.**

Die Zustellungen können an jedem Orte erfolgen, wo die Person, welcher zugestellt werden soll, angetroffen wird.

Hat die Person an diesem Orte eine Wohnung oder ein Geschäftslokal, so ist die außerhalb der Wohnung oder des Geschäftslokals an sie erfolgte Zustellung nur gültig, wenn die Annahme nicht verweigert ist.

1. **Begriff einer Zustellung im Sinne der Civilprozeßordnung.** Die Zustellung besteht in der Uebergabe des zuzustellenden Schriftstückes an diejenige Person, welcher die Zustellung zu machen ist, oder, falls diese in ihrer Wohnung oder ihrem Geschäftslokale nicht angetroffen wird, an eine der im Gesetze bezeichneten anderen Personen. Ist auch letztere Zustellung nicht ausführbar, so soll das Schriftstück bei einer der in § 167 bezeichneten Behörden niedergelegt und die Niederlegung sowohl durch eine an der Thüre der Wohnung zu befestigende schriftliche Anzeige als auch, soweit thunlich, durch mündliche Mittheilung an zwei Nachbarn bekannt gemacht werden. **Das Einwerfen in einen Briefkasten, der bestimmt ist, alle für eine gewisse Person ankommenden Briefe aufzunehmen, kann einer Uebergabe an diese Person nicht gleichgeachtet werden.** Schon thatsächlich erscheint dies unrichtig; denn würde man selbst annehmen, daß nur diese Person den Schlüssel zum Briefkasten in Händen habe, und ihn nie aus der Hand gebe, so bliebe immerhin ungewiß, ob sie das im Briefkasten enthaltene auch an dem Tage der Zustellung in Empfang nehmen werde, da sie ja möglicherweise verreist oder sonst verhindert sein kann. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 1 Nr. 155 S. 430.) Zweifellos erscheint jedenfalls, daß das Gesetz eine solche Art der Uebergabe nicht im Auge gehabt hat, vielmehr verlangt, daß der Gerichtsvollzieher oder Postbote der betreffenden Person selbst gegenüberstehe und ihr die Absicht der Uebergabe kund gebe. Dies vorausgesetzt, ist es dann allerdings gleichgültig, wie die Uebergabe erfolgt, ob das Schriftstück der betreffenden Person eingehändigt, oder ob es auf deren Geheiß oder mit deren Zustimmung irgendwo niedergelegt wird. (R. G. 20. I. 82.) R. C. VI. (99.) 342. 343. (R. C. I. (155.) 430.)

2. Ueber den Begriff „Geschäftslokal" s. § 168 (R. G. 22. VI. 86.) R. C. XVI. (85.) 349 ff.

Sog. Ersatzzustellung.

§ 166. **§ 166.**

Wird die Person, welcher zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung nicht angetroffen, so kann die Zustellung in der Wohnung an einen zu der Familie gehörenden erwachsenen Hausgenossen oder an eine in der Familie dienende erwachsene Person erfolgen.

Wird eine solche Person nicht angetroffen, so kann die Zustellung an den in demselben Hause wohnenden Hauswirth oder Vermiether erfolgen, wenn diese zur Annahme des Schriftstücks bereit sind.

§ 174 Nr. 4, § 683.

1. Abs. 1. **Nach den §§ 166 und 174 der R. C. P. O. muß die Zustellungsurkunde nicht bloß die Person, welcher zugestellt ist, sondern, wenn**

Digitized by Google

dies eine andere Perſon iſt, als diejenige, an welche zugeſtellt werden ſoll, auch den Grund angeben, aus welchem an die andere Perſon zugeſtellt iſt, und in einem ſolchen Falle ſind die gedachten zweierlei Angaben neben einander erforderlich, ohne daß eine die andere erſetzen oder mitumfaſſen kann. (R. G. 15. II. 83.) A. VII. (114.) 375—377.

2. In Anſehung der **Frage, ob Mängel der ſogen. Erſatzzuſtellung als ſolcher dadurch geheilt werden, daß das zugeſtellte Schriftſtück infolge der Zuſtellung doch ſchließlich in die Hände des Adreſſaten gelangt,** kann darauf kein Gewicht gelegt werden, daß in der deutſchen Civilprozeßordnung nicht, wie in der franzöſiſchen Geſetzgebung, die Nichtigkeit der Zuſtellung ausdrücklich als Folge von Verſtößen gegen die die Form derſelben regelnden Vorſchriften angedroht iſt. Vielmehr iſt im allgemeinen in Ermangelung beſonderer Gegengründe daraus, daß im Geſetze die Zuſtellung als ein in einer gewiſſen beſtimmten Weiſe erfolgender Akt beſchrieben und definirt iſt, zu folgern, daß ein in anderer Weiſe ſich abwickelnder Vorgang eben keine Zuſtellung im Sinne des Geſetzes iſt, mögen auch bei der Berathung des Geſetzentwurfes hierüber abweichende Vorſtellungen in unklarer Art zu Tage getreten ſein. Daher geht denn auch die durchaus vorherrſchende Anſicht der Ausleger der Civilprozeßordnung dahin, daß von genauer Beobachtung der im Geſetze für die Zuſtellung gegebenen Formvorſchriften die Gültigkeit des Aktes abhängt. — Wenn daneben einzelne dieſer Ausleger, wie außer Peterſen auch Struckmann und Koch, es gerade mit den Beſonderheiten der ſ. g. Erſatzzuſtellung weniger ſtreng nehmen wollen, ſo laſſen ſich für dieſe Unterſcheidung kaum plauſible Gründe anführen, und jedenfalls ſprechen ganz überwiegende Gründe dagegen. Hierher iſt die Betrachtung zu rechnen, daß nach jener Anſicht wenigſtens im regelmäßigen Laufe der Dinge der ausbleibende Gegner, zu deſſen Gunſten das Gericht ſich zunächſt an die offen vorliegenden Fehler der Zuſtellung halten müßte, beſſer geſtellt ſein würde, als der erſchienene, der dieſe Fehler etwa ſelbſt geltend machen wollte, aber zugeben müßte, daß das zugeſtellte Schriftſtück ihm doch zu Händen gekommen ſei, ferner der Umſtand, daß nach dem Syſtem der jetzigen Civilprozeßordnung durch die Zuſtellung in gewiſſen Fällen die Rechtsmittelfriſt in Lauf geſetzt wird, für welche doch ein von vornherein feſtſtehender, ſicher erkennbarer Anfangspunkt, legislativ durchaus gewünſcht werden muß; endlich der Schluß vom Gegentheile, der daraus zu entnehmen iſt, daß in § 165 Abſ. 2 und § 171 Abſ. 4 C. P. O. für gewiſſe Ausnahmsfälle die „Gültigkeit" der Zuſtellung beſonders verordnet wird. (R. G. 12. XI. 84.) R. C. XIV. (95.) 339. 340. A. u. U. I. (124.) 201. 202. **Verzicht auf die Geltendmachung ſolcher Mängel nach § 267 C. P. O. (ſ. hierüber bei § 267 eodem).**

3. **Die Frage, ob eine endgültig vollzogene Erſatzzuſtellung dadurch die Bedeutung einer rechtswirkſamen Zuſtellung erhalten kann, daß der Zuſtellungsempfänger den Adreſſaten rechtzeitig unter Behändigung der zugeſtellten Schriftſtücke von der geſchehenen Zuſtellung in Kenntniß ſetzt, iſt** — allerdings entgegen den Meinungen der meiſten Kommentatoren der Civilprozeßordnung, oder dem weſentlichen nach in Uebereinſtimmung mit den Ausführungen von Peterſen in ſeinem Kommentar 2. Aufl. S. 292 und in ſeiner Abhandlung in Buſch, Zeitſchrift Bd. 1 S. 20 ff. —

Digitized by Google

zu bejahen. Die Civilprozeßordnung ſpricht nirgends aus, daß ein jeder bei Ausführung einer Zuſtellung vorgekommener Formfehler die Unwirkſamkeit der Zuſtellung nach ſich ziehe. Sollte nun auch nach der bekannten Terminologie der Civilprozeßordnung dem Ausdrucke „müſſen“ überall die Bedeutung beizulegen ſein, daß eine unter Anwendung dieſes Ausdrucks getroffene Vorſchrift die gegen dieſelbe verſtoßenden Prozeßhandlungen mit Nichtigkeit bedroht, ſo iſt doch auch dieſer Ausdruck in der hier fraglichen Hinſicht nirgends angewandt; im § 174 bezieht derſelbe ſich nur auf die Erforderniſſe einer Zuſtellungsurkunde und im § 162 nur auf das Verhältniß der Partei, für welche die Zuſtellung beſtimmt iſt, zu ihrem Prozeßbevollmächtigten. **Man muß daher nach allgemeinen Grundſätzen annehmen, daß nur ein weſentlicher Fehler des Zuſtellungsverfahrens die Zuſtellung unbedingt als nichtig erſcheinen läßt, wogegen ein unweſentlicher Mangel, je nach ſeiner konkreten Bedeutung, überſehen werden darf oder durch eine nachträgliche Heilung gehoben werden kann.** Die Richtigkeit dieſer Auffaſſung wird auch, wie Peterſen in Buſch, Zeitſchrift a. a. O. S. 74 dargelegt hat, durch die Entſtehungsgeſchichte der Civilprozeßordnung beſtätigt. Während der Art. 60 Code de proc. jeden Verſtoß gegen die vorgeſchriebenen Zuſtellungsformen ausdrücklich mit Nichtigkeit der Zuſtellung bedroht, und dieſes Prinzip auch noch im § 173 des preußiſchen Entwurfes der C. P. O. beibehalten war, wurde daſſelbe in dem norddeutſchen Entwurfe abſichtlich aufgegeben. Wie die Protokolle der norddeutſchen Kommiſſion Bd. 1 S. 366 ergeben, wurde von dem Referenten beantragt, eine Beſtimmung dahin aufzunehmen, daß, wer auf Grund einer Ladung erſcheine, nicht geltend machen könne, daß die Zuſtellung der Ladung wegen nicht vorſchriftsmäßigen Verfahrens des Gerichtsvollziehers nichtig ſei; der hiergegen erhobene Einwand, daß auch die erſchienene Partei berechtigt ſein müſſe, einen Mangel der Friſt oder eine Unvollſtändigkeit der Ladung in der Art, daß ſich der Gegenſtand derſelben nicht erkennen laſſe, zu rügen, wurde von dem Referenten zugegeben mit dem Bemerken, es ſei nur zu verhüten, daß die erſchienene Partei lediglich einen Formmangel vorſchütze, obwohl ſie vollſtändig und rechtzeitig von dem Inhalte der Ladung Kenntniß erhalten habe. Nachdem hierauf von anderer Seite bezweifelt worden war, ob der Unterſchied von Form und Inhalt der Ladung ſich geſetzlich genügend fixiren laſſe, erkannte die Mehrheit an, daß jede inhaltliche Rüge auch von der erſchienenen Partei geltend gemacht werden dürfe, ſie erklärte ſich aber gegen die Aufnahme einer bezüglichen ausdrücklichen Geſetzesbeſtimmung, weil ſie es vorzog, die Frage, ob eine Rüge die Form oder den Inhalt der Zuſtellung betreffe, der richterlichen Beurtheilung in jedem einzelnen Falle zu überlaſſen. Seitdem ſind die ſpäteren Entwürfe auf die Aufſtellung des Nichtigkeitsprinzips nicht wieder zurückgekommen. **Das Weſen einer Erſatzzuſtellung** beſteht darin, daß ſie durch die Zuſtellung an den Erſatzmann wirkſam wird, ohne daß es auch darauf ankommt, ob der Erſatzmann die zugeſtellten Stücke an den Adreſſaten weiter befördert hat oder nicht. Aber der Zweck einer jeden Zuſtellung beſteht in der Uebergabe des zuzuſtellenden Schriftſtückes an den Adreſſaten; dieſer durch das Weſen der Zuſtellung (§ 156) gegebene Zweck wird aber auch durch vollſtändige und rechtzeitige Ueber-

Digitized by Google

gabe an den Adreſſaten ſeitens des Erſatzmannes erreicht. (R. G. 18. I. 87.) R. C. XVII. (101.) 407. 408.

4. **Eine ſog. Erſatzzuſtellung iſt nicht deßhalb nichtig, weil die Perſon, welcher der Poſtbote das verſchloſſene Schriftſtück übergeben hat, zu den Prozeßgegnern des Adreſſaten gehört.** Es handelt ſich hier um den Fall, daß das zuzuſtellende Schriftſtück an die Adreſſe der Beklagten gerichtet, und der Poſtbote, welcher dasſelbe verſchloſſen erhielt, gar nicht wiſſen konnte, daß der nach § 166 C. P. O. zur Empfangnahme legitimirte Sohn zugleich Gegenpartei ſei. Es iſt nun an ſich bedenklich, eine geſetzliche Vorſchrift, deren Nichtbefolgung Nichtigkeit nach ſich zieht, auf darin nicht vorgeſehene Fälle auszudehnen, und muß dies dann für unzuläſſig erachtet werden, wenn auf ſolche Weiſe eine Nichtigkeit geſchaffen wird, für welche weder die Partei noch der zuſtellende Beamte verantwortlich ſein können, da ſie von demſelben gar nicht zu vermeiden war. Ueberdies ſpricht auch keine Vermuthung dafür, daß der Sohn, weil er zu den Prozeßgegnern gehört, das für ſeine Mutter beſtimmte Schriftſtück dieſer vorenthalten habe, und wenn etwa beſondere Umſtände zu einer ſolchen Vermuthung Anlaß bieten ſollten, ſo gewähren die §§ 300, 302 C. P. O. dem Gerichte ausreichende Mittel, um die Rechte der anderen Partei zu wahren. (R. G. 28. I. 87.) R. C. XVII. (102.) 410.

5. Es unterliegt keinem Zweifel, **daß nach § 166** vgl. mit § 186 der C. P. O. in ſolcher Weiſe **die Zuſtellung nicht ſchon dann vollzogen werden darf, wenn die Perſon, welcher zugeſtellt werden ſoll, nicht in ihrem Geſchäftslokale angetroffen wird, ſondern nur dann, wenn ſie nicht in ihrer Wohnung angetroffen wird, und daſelbſt auch nicht ein zur Familie gehörender erwachſener Hausgenoſſe oder eine in der Familie dienende erwachſene Perſon angetroffen wird.** Auch iſt vom R. G. ſchon mehrfach ausgeſprochen worden, daß auch **Fehler bei der ſogenannten Erſatzzuſtellung** die Zuſtellung ungültig machen und daß mindeſtens da, wo es ſich um die Förmlichkeiten von Rechtsmitteln handelt, ein ſolcher Fehler auch nicht etwa dem Parteiverzichte nach Maßgabe des § 267 der C. P. O. unterliegt: ſo von II. C. S. in dem in den Entſch. Bd. X S. 362, (Annalen Bd. VI S. 132) abgedruckten Falle, vom I. C. S. am 12. November 1884. (Urtheile u. Annalen Bd. I S. 200.) (R. G. 18. V. 85.) U. u. A. II. (132.) 273.

6. Bei der Frage, ob Jemand ein **„Erwachſener"** im Sinne des § 166 Abſ. 1 ſei, kann es nicht darauf ankommen, daß dasjenige Familienmitglied, an welches die Zuſtellung erfolge, nach dem Ermeſſen des zuſtellenden Beamten ſoweit in der Entwickelung vorgeſchritten ſei, daß es die Bedeutung des Aktes verſtehe, und man ihm die richtige Weiterbeſorgung des zugeſtellten Schriftſtückes zutrauen dürfe. Dieſe, allerdings auch in der Literatur nicht unvertretene, freiere Auslegung iſt unhaltbar; denn ſie iſt nicht nur dem klaren Wortlaute des § 166 C. P. O. gegenüber ganz willkürlich, ſondern auch in ihren praktiſchen Ergebniſſen wegen der großen Unbeſtimmtheit des für maßgebend erklärten Merkmales ſehr bedenklich; endlich ſteht ihr insbeſondere noch der Umſtand entgegen, daß in § 166 Abſ. 1, wie auch in den ähnlichen Vorſchriften des § 679 und

Digitized by Google

des § 771 Abſ. 2 C. P. O., nicht bloß die erwachſenen Familienglieder, ſondern auch die erwachſenen Dienſtboten gedanklich den unerwachſenen entgegengeſetzt werden, während doch unter den Dienſtboten kaum ſolche vorausgeſetzt werden könnten, welchen die Eigenſchaft der „Erwachſenheit" in dem ſoeben beſprochenen uneigentlichen Sinne nicht zukäme, und während daher bei dieſer Auffaſſung die beſondere Hervorhebung des erwähnten Erforderniſſes für die in Betracht kommenden Dienſtboten als überflüſſig erſcheinen würde. (R. G. 12. XI. 84.) R. C. XIV. (95.) 339. A. u. U. I. (124.) 200. 201.

7. **Abſ. 2. Die Zuſtellung an die Ehefrau des Hauswirthes kann als der Zuſtellung an den Adreſſaten nicht gleich geſtellt werden.** In dem § 166 C. P. O. iſt nur der Hauswirth als Vermiether ſelbſt als eine ſolche Perſon bezeichnet, an welche die Zuſtellung bei Abweſenheit des Adreſſaten erfolgen kann. (R. G. 18. X. 80.) A. II. (199.) 443. 444. (R. G. 25. IX. 80.) R. A. II. (129.) 255.

8. **An den Vermiether des Büreau's des Anwaltes kann nicht für Letzteren gültig zugeſtellt werden.** (R. G. 18. V. 85.) U. u. A. II. (132.) 272.

§ 167. **§ 167.**

Iſt die Zuſtellung nach dieſen Beſtimmungen nicht ausführbar, ſo kann ſie dadurch erfolgen, daß das zu übergebende Schriftſtück auf der Gerichtsſchreiberei des Amtsgerichts, in deſſen Bezirke der Ort der Zuſtellung gelegen iſt, oder an dieſem Orte bei der Poſtanſtalt oder dem Gemeindevorſteher oder dem Polizeivorſteher niedergelegt und die Niederlegung ſowohl durch eine an der Thür der Wohnung zu befeſtigende ſchriftliche Anzeige, als auch, ſoweit thunlich, durch mündliche Mittheilung an zwei in der Nachbarſchaft wohnende Perſonen bekannt gemacht wird.

§ 174 Nr. 4.

§ 168. **§ 168.**

Für Gewerbetreibende, welche ein beſonderes Geſchäftslokal haben, kann, wenn ſie in dem Geſchäftslokale nicht angetroffen werden, die Zuſtellung an einen darin anweſenden Gewerbegehülfen erfolgen.

Wird ein Rechtsanwalt, welchem zugeſtellt werden ſoll, in ſeinem Geſchäftslokale nicht angetroffen, ſo kann die Zuſtellung an einen darin anweſenden Gehülfen oder Schreiber erfolgen.

§ 174 Nr. 4. H. G. B. Art. 4.

1. Unter dem **Geſchäftslokale** iſt diejenige Räumlichkeit zu verſtehen, in welcher der Gewerbetreibende gewöhnlich ſeinen Berufsgeſchäften obliegt, welche er thatſächlich zu ſeinem Geſchäftsbetriebe benützt. Dieſes Geſchäftslokal iſt mit Rückſicht darauf, daß der Inhaber zu beſtimmten Geſchäftsſtunden regelmäßig in demſelben anzutreffen iſt, im Allgemeinen bezüglich der Zuſtellung der Wohnung gleichgeſtellt worden (§ 165 R. C. P. O.). In § 168 Abſ. 1 a. a. O. wird allerdings vorausgeſetzt, daß ein **beſonderes** Geſchäftslokal vorhanden iſt. Aber darunter iſt nicht ein ſolches zu verſtehen, das der Gewerbetreibende ausſchließlich für ſich benützt. Vielmehr wird nur vorausgeſetzt, daß nicht die gewöhnlichen Wohnräume zugleich als Geſchäftslokal dienen, ſondern ein beſonderer Raum vorhanden iſt, welcher nur zu geſchäftlichen Zwecken benützt wird. (Vgl. die Kommentare von Seuffert, § 165 Nr. 1; v. Sarwey, Bd. 1 S. 264. 265; Förſter § 168 Nr. 2 Bd. 1 S. 276; Reinke

Digitized by Google

§§ 165 ff. S. 175.) Die in § 168 Abſ. 1 a. a. O. vorgeſehene Zuſtellung kann hiernach ebenſo wie diejenige, von welcher Abſ. 2 handelt, auch dann im Geſchäftslokale bewirkt werden, wenn mehrere Perſonen ein gemeinſchaftliches Geſchäftslokal haben. Nur muß auch in dieſem Falle die Zuſtellung an einen Gewerbegehilfen derjenigen Perſon erfolgen, für welche die Zuſtellung beſtimmt iſt, gleichviel ob derſelbe nur als Gewerbegehilfe dieſer Perſon oder als gemeinſchaftlicher Gewerbegehilfe der verſchiedenen Gewerbetreibenden oder Rechtsanwälte anzuſehen iſt. (Vgl. Urtheil des R. G.'s (I. Civilſen.) vom 12. Juli 1882 in Juriſt. Wochenſchr. Jahrg. 1882 S. 253, ferner Gaupp § 168 Nr. 1 Bd. 1 S. 452; Endemann Bd. 1 S. 550.) Von dieſen Grundſätzen für diejenigen Fälle eine Ausnahme zu machen, in welchen **mehrere Theilhaber einer offenen Handelsgeſellſchaft eine beſtimmte Räumlichkeit als ihr gemeinſchaftliches Geſchäftslokal benützen**, liegt kein Grund vor. Die Geſchäfte der Geſellſchaft werden von den einzelnen Theilhabern geführt, ſoweit dieſelben nicht von der Geſchäftsführung ausgeſchloſſen ſind, und die Räumlichkeit, welche deren Geſchäftslokal bildet, iſt zugleich als das Geſchäftslokal derjenigen Geſellſchafter anzuſehen, welche dort regelmäßig thätig ſind, um ihren Berufsgeſchäften obzuliegen, zu denen auch die Erledigung der Geſellſchaftsangelegenheiten gehört. Zu den Gewerbsgehilfen der Geſellſchaft ſtehen dieſe geſchäftsführenden Geſellſchafter im Verhältniſſe von Prinzipalen, ſodaß eine nicht für die Geſellſchaft ſelbſt, ſondern für einen einzelnen Geſellſchafter beſtimmte Zuſtellung, falls dieſer im Geſchäftslokale nicht angetroffen wird, an einen Gewerbegehilfen der Geſellſchaft erfolgen kann. (R. G. 22. VI. 86.) R. C. XVI. (85.) 349—351.

2. Daß das zuzuſtellende Schriftſtück in die Hand einer Perſon gelangt, welche für die in Frage ſtehende Angelegenheit keinerlei Intereſſe hat, iſt bei dem in der Civilprozeßordnung angenommenen Syſteme der Erſatzzuſtellung nirgends ausgeſchloſſen und kann insbeſondere bei der Zuſtellung gemäß § 168 Abſ. 1. 2 dieſes Geſetzbuches leicht vorkommen, da auch ſolche Zuſtellungen im Geſchäftslokale erfolgen dürfen, welche ſich nicht auf das Geſchäft, ſondern auf Privatangelegenheiten des Gewerbetreibenden oder Rechtsanwaltes beziehen. Außerdem iſt der Gewerbegehilfe verpflichtet, das zugeſtellte Schriftſtück derjenigen Perſon auszuliefern, für welche dasſelbe beſtimmt iſt. **Wegen der Möglichkeit, daß der Zweck dieſer Zuſtellung dadurch gefährdet wird, daß der Gewerbegehilfe ſeiner Verpflichtung nicht genau nachkommt, darf die Anwendung des § 168 auf derartige Zuſtellungen nicht ausgeſchloſſen werden.** Derartige Gefährdungen können bei allen Erſatzzuſtellungen, z. B. auch dadurch entſtehen, daß der Gewerbegehilfe das ihm zugeſtellte Schriftſtück nicht dem Geſchäftsherrn perſönlich, ſondern einem Prokuriſten oder anderen Angeſtellten übergibt. Aus dem Umſtande, daß der Zweck der Zuſtellung möglicherweiſe nicht erreicht wird, ergibt ſich aber nicht, daß von einer im Geſetze vorgeſehenen Zuſtellung Gebrauch nicht gemacht werden darf. (R. G. 22. VI. 86.) R. C. XVI. (85.) 351.

3. **Die Erſatzzuſtellung, wenn ſie in dem innerhalb der Wohnung des Rechtsanwaltes befindlichen Geſchäftslokale ſtattfindet, kann auch an die in § 166 C. P. O. bezeichneten Hausgenoſſen und dienenden Perſonen erfolgen.**

Digitized by Google

Die §§ 166—170 regeln die Erſatzzuſtellung, und zwar die erſten beiden — §§ 166 und 167 — den Hauptfall, wenn derjenige, an den zugeſtellt werden ſoll, in ſeiner Wohnung nicht angetroffen wird, während der § 168 ſpezielle Beſtimmungen darüber enthält, an wen für Gewerbetreibende — Abſ. 1 — und für Rechtsanwälte — Abſ. 2 — in ihrem Geſchäftslokale Erſatzzuſtellungen bewirkt werden können. Bei der Auslegung der bezogenen Geſetzesvorſchrift iſt nun davon auszugehen, daß ſie einen ergänzenden Charakter hat, und die Erleichterung der Erſatzzuſtellung bezweckt. Wenn daher die Frage entſteht, was unter einem „**beſonderen Geſchäftslokale**“ im Sinne des erſten Abſatzes zu verſtehen iſt, ob überhaupt ein zu dem beſonderen Zwecke des Geſchäftes beſtimmtes und benutztes Lokal, oder nur ein „abgeſondertes“ Geſchäftslokal, welches außerhalb der Wohnung des Gewerbetreibenden und getrennt von derſelben liegt, ſo iſt dieſe Frage mit Rückſicht darauf, daß jener Ausdruck des Geſetzes nicht nothwendig von der räumlichen Getrenntheit des Geſchäftslokales aufzufaſſen iſt, daß ferner der legislatoriſche Grund, welcher die Erſatzzuſtellung an die Gewerbegehilfen rechtfertigt, ſowohl dann eintritt, wenn das Geſchäftslokal innerhalb der Wohnung des Gewerbetreibenden, als wenn es außerhalb derſelben liegt, daß endlich ein begründetes praktiſches Motiv für den erſteren Fall, die Erſatzzuſtellung an Gewerbegehilfen auszuſchließen, nicht erſichtlich iſt, im Sinne der weitergehenden Auffaſſung zu beantworten. Damit gelangt man denn zu der praktiſchen Folgerung, daß **wenn das Geſchäftslokal innerhalb der Wohnung des Gewerbetreibenden liegt, die §§ 166 und 168 neben einander zur Anwendung kommen, d. h. die Erſatzzuſtellung im Geſchäftslokale nicht nur an die Gewerbegehilfen, ſondern auch an die in § 166 bezeichneten Hausgenoſſen und dienenden Perſonen erfolgen kann.** Die zuletzt genannte Vorſchrift bei einer Zuſtellung im Geſchäftslokale überhaupt ausgeſchloſſen zu erachten, dazu fehlt es an einem geſetzlichen Grunde; es würde dieſe Annahme auch zu dem vom Geſetzgeber gewiß nicht gewollten Formalismus führen, daß der Gerichtsvollzieher, wenn er in dem innerhalb der Wohnung des Gewerbetreibenden liegenden Geſchäftslokale eine der dienenden Perſonen des § 166 fände, er dieſer dort nicht gültig zuſtellen könnte, ſie vielmehr erſt zu dem Zwecke auf den Flur oder in einen anſtoßenden Wohnraum geleiten müßte. Der § 168 beſtimmt nun in ſeinem zweiten Abſatze, daß für Rechtsanwälte eine Erſatzzuſtellung in ihrem Geſchäftslokale an die dort anweſenden Schreiber und Gehilfen erfolgen kann. Ein „beſonderes“ Geſchäftslokal, wie in Abſ. 1, wird hier nicht vorausgeſetzt, und es hieße über den Wortlaut der Geſetzesvorſchrift völlig hinausgehen, wenn man dieſelbe, die keinerlei Einſchränkung enthält, lediglich auf den im Ganzen vielleicht weniger vorkommenden Fall, daß der Rechtsanwalt ein von ſeiner Wohnung getrenntes Geſchäftslokal hat, anwenden wollte. Praktiſch iſt auch keinerlei Grund erſichtlich, warum, wenn letzteres innerhalb der Wohnung des Rechtsanwaltes liegt, die Erſatzzuſtellung an die Schreiber und Gehilfen ausgeſchloſſen ſein ſollte. Darüber, daß unter der angegebenen Vorausſetzung die §§ 166 und 168 neben einander Platz greifen, iſt auf das Vorausgeführte zu verweiſen. **Der Ausdruck „beſonderes Geſchäftslokal“**

Digitized by Google

in Abſ. 1 des § 168 iſt, wenn man ihn in dem oben gebilligten Sinne auffaßt, **mit der einfachen Bezeichnung „Geſchäftslokal" in Abſ. 2 gleichbedeutend**, und darin liegt ein weiteres Argument für die Richtigkeit jener Auslegung, da dieſelbe die beiden Vorſchriften des § 168 in Harmonie bringt, während ſonſt, ohne daß die Worte des Geſetzes oder praktiſche Gründe dazu nöthigen, eine Inkongruenz in dasſelbe hineingetragen wird. Eine Uebereinſtimmung des erſten und zweiten Abſatzes dadurch herbeizuführen, daß man beide auf den Fall eines von der Wohnung getrennten Geſchäftslokales beſchränkt, erſcheint nach dem Entwickelten unthunlich. (R. G. 23. V. 83.) R. C. X. (109.) 359—361.

4. Nach § 168 der R. C. P. O. kann die Zuſtellung eines Schriftſatzes an einen Rechtsanwalt, welcher in ſeinem Geſchäftslokale nicht angetroffen wird, an einen darin anweſenden Gehilfen oder Schreiber erfolgen. **Die Vorausſetzung für die Gültigkeit einer ſolchen Zuſtellung iſt, daß dabei der Gehilfe oder Schreiber in dem Geſchäftslokale ſeines Prinzipals anweſend iſt und alſo die Zuſtellung in dieſem Geſchäftslokale erfolgt.** (R. G. 9. I. 82.) A. V. (43.) 201. 202.

5. Unter **„Gehilfen"** im Sinne des § 168 Abſ. 2 ſind nur ſolche Perſonen zu verſtehen, welche dem Anwalt in Beziehung auf ſeine Berufsgeſchäfte Dienſte leiſten. (R. G. 12. VII. 82.) A. VI. (56.) 236.

6. Der Ausdruck **„Gehilfe"** bezeichnet eine der betreffenden Perſon anklebende, in einem dauernden Dienſtverhältniſſe beruhende Eigenſchaft (vgl. Entſch. des R. O. H. G.'s Bd. 13 Nr. 64 S. 181). Dasſelbe gilt auch von dem Ausdrucke **„Schreiber"**. Bei der Alternative der Geſetzesvorſchrift „Gehilfe oder Schreiber" iſt eine genaue Unterſcheidung des Dienſtkreiſes eines Gehilfen von demjenigen eines Schreibers unnöthig, **Gehilfe eines Rechtsanwalts iſt jeder, welcher zu einem Rechtsanwalte in ein dauerndes Dienſtverhältniß getreten iſt behufs Wahrnehmung ſolcher zur Ausübung des Anwaltsberufes erforderlichen Geſchäfte, welche nicht bloße Schreiber- oder Botendienſte ſind.** Der § 168 Abſ. 2 ſetzt hierbei nicht voraus, daß der Gehilfe durch ſeine Dienſtſtellung angewieſen ſei, ſich in dem Geſchäftslokale des Rechtsanwalts aufzuhalten, dergeſtalt, daß dasſelbe auch zugleich das Dienſtleiſtungslokal des Gehilfen ſei. **Die Worte des Geſetzes erfordern nur, daß der Gehilfe im Zeitpunkte der Zuſtellung an dem für die Vornahme der Zuſtellung vorgeſchriebenen Orte, dem Geſchäftslokale des Rechtsanwalts anweſend ſei**; eine Einſchränkung des Begriffs eines Gehilfen iſt in ihnen nicht zu finden. Und auch die Motive des Entwurfs der C. P. O. [vgl. Motive zu §§ 159 und 161, (jetzt §§ 166 und 168). Der § 161 (jetzt 168) iſt unverändert geblieben; zum § 159 (166) hat die Juſtizkommiſſion nur hinſichtlich der Familienangehörigen die Aenderung getroffen, daß ihre Eigenſchaft als Erſatzperſonen bedingt iſt durch ihre Hausgenoſſenſchaft. [Vgl. Protokolle S. 59 und 530] ergeben, daß das Dienſtverhältniß, in welchem ein Gehilfe u. ſ. w. zu dem Adreſſaten ſteht, als ausreichend anzuſehen iſt, ihn zu einer geeigneten Erſatzperſon zu machen, wenn er nur im Zeitpunkte der Zuſtellung an dem vorgeſchriebenen Zuſtellungsorte anweſend iſt. (R. G. 10. V. 81.) R. C. IV. (122.) 427. 428. — A. IV. (18.) 72—74.

7. **Unwirkſamkeit der Zuſtellung an einen im Geſchäftslokal des Anwalts angetroffenen Dienſtboten.** Unter einem Gehülfen iſt hier nur ein

Digitized by Google

solcher zu verstehen, welcher analog dem in Abs. 1 angeführten Gewerbegehülfen in den dienstlichen Anwaltsgeschäften Hülfe leistet. Zu diesen gehört aber ein Dienstbote oder die Einhüterin, welche nur das Lokal in Abwesenheit der daselbst sonst Beschäftigten zu beaufsichtigen, häufig auch andere Verrichtungen, welche regelmäßig Dienstboten zugewiesen sind, wahrzunehmen hat, nicht. Urtheil des Reichsgerichts vom 12. Juli 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 175 S. 226. 227.

§ 169. **§ 169.**

Wird der gesetzliche Vertreter oder der Vorsteher einer Behörde, einer Gemeinde, einer Korporation oder eines Personenvereins, welchem zugestellt werden soll, in dem Geschäftslokale während der gewöhnlichen Geschäftsstunden nicht angetroffen, oder ist er an der Annahme verhindert, so kann die Zustellung an einen anderen in dem Geschäftslokale anwesenden Beamten oder Bediensteten bewirkt werden.

Wird der gesetzliche Vertreter oder der Vorsteher in seiner Wohnung nicht angetroffen, so finden die Bestimmungen der §§ 166, 167 nur Anwendung, wenn ein besonderes Geschäftslokal nicht vorhanden ist.

§ 174 Nr. 4.

§ 170. **§ 170.**

Wird die Annahme der Zustellung ohne gesetzlichen Grund verweigert, so ist das zu übergebende Schriftstück am Orte der Zustellung zurückzulassen.

§ 174 Nr. 5.

Wann?

§ 171. **§ 171.**

An Sonntagen und allgemeinen Feiertagen darf eine Zustellung, sofern sie nicht durch Aufgabe zur Post bewirkt wird, nur mit richterlicher Erlaubniß erfolgen.

Wechselordn. Art. 92. H. G. B. Art. 329, 330. Ger. K. G. § 47 Nr. 12. R. A. G. O. § 23 Nr. 1.

Die Erlaubniß wird von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts ertheilt; sie kann auch von dem Amtsrichter, in dessen Bezirke die Zustellung erfolgen soll, und in Angelegenheiten, welche durch einen beauftragten oder ersuchten Richter zu erledigen sind, von diesem ertheilt werden.

Die Verfügung, durch welche die Erlaubniß ertheilt wird, ist bei der Zustellung abschriftlich mitzutheilen.

Eine Zustellung, bei welcher die Bestimmungen dieses Paragraphen nicht beobachtet sind, ist gültig, wenn die Annahme nicht verweigert ist.

Allerdings schließt die von den Reichsgesetzen (vgl. § 171 Abs. 1 und § 200 Abs. 2 C. P. O.) den **„allgemeinen Feiertagen"** gegebene, im Ruhen der öffentlichen und bürgerlichen Geschäfte hervortretende Bedeutung die Einrechnung der **politischen Feiertage**, da die übrigen von diesen nicht unterschieden wurden, nicht aus; allein die Reichsgesetzgebung hat dem Landesrechte überlassen, zu bestimmen, welche Tage als Feiertage, und in welchem Umfange solche zu begehen sind. (R. G. 19. I. 88.) R. St. XVII. (16.) 58.

§ 172. **§ 172.**

Ist bei einer Zustellung an den Vertreter mehrerer Betheiligter oder an einen von mehreren Vertretern die Uebergabe der Ausfertigung oder Abschrift eines Schriftstücks erforderlich, so genügt die Uebergabe nur einer Ausfertigung oder Abschrift.

Einem Zustellungsbevollmächtigten mehrerer Betheiligter sind so viele Ausfertigungen oder Abschriften zu übergeben, als Betheiligte vorhanden sind.

§ 157.

Digitized by Google

Zustellungsurkunde.

§ 173.

§ 173.

Ueber die Zustellung ist eine Urkunde aufzunehmen.

Dieselbe ist auf die Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einen mit derselben zu verbindenden Bogen zu setzen.

Eine durch den Gerichtsvollzieher beglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde ist auf das bei der Zustellung zu übergebende Schriftstück oder auf einen mit demselben zu verbindenden Bogen zu setzen.

Die Zustellungsurkunde ist der Partei, für welche die Zustellung erfolgt, wenn die Zustellung von Amtswegen angeordnet ist, dem Gerichtsschreiber zu übermitteln.

§ 174 Nr. 6.

1. Nach § 173 C. P. O. ist über die Zustellung von dem Gerichtsvollzieher eine, den Bestimmungen des § 174 entsprechende Urkunde aufzunehmen, und auf die Urschrift des zuzustellenden Schriftstückes zu setzen, während eine beglaubigte Abschrift dieser Urkunde mit dem zu übergebenden Schriftstücke zugestellt wird. Wenn es sich nun um den Beweis der geschehenen Zustellung handelt, so ist zunächst, wie es der Natur der Sache nach aus dem Verhältnisse zwischen Urschrift und Abschrift sich ergibt, der Inhalt der ersteren entscheidend, und kann es dem gegenüber auf Abweichungen, welche in der Abschrift enthalten sein möchten, der Regel nach nicht ankommen. Allerdings ist gegen den Inhalt einer Zustellungsurkunde, welche, wie die Motive anführen, eine öffentliche Urkunde bildet und als solche beweist, nach § 383 Abs. 2 C. P. O. der Gegenbeweis zulässig. Was den in den Motiven ausgesprochenen Satz anlangt, daß, **wenn Urschrift und Abschrift der Zustellungsurkunde von einander abweichen,** zu Gunsten des Requisiten der Inhalt der Abschrift maßgebend sei, weil letztere eben für ihn das Original bilde, so ist demselben, der namentlich dem französischen Rechte angehört und dort, weil nach den Vorschriften desselben der Zustellungsakt zugleich die Klage und die Einlegung der Rechtsmittel enthält, eine erweiterte Anwendung findet, unter Herrschaft der C. P. O. nur die Bedeutung beizulegen, daß er dem Empfänger der Abschrift dann Schutz gewährt, wenn durch einen Fehler der letzteren eine Versäumniß oder sonst ein Nachtheil desselben herbeigeführt worden, es kann aber keineswegs aus jenem Satze die Folgerung hergeleitet werden, daß auch für den Beweis der geschehenen Zustellung, im Falle eine solche Abweichung besteht, lediglich der Inhalt der Abschrift in Betracht zu ziehen sei. (R. G. 24. V. 81.) R. C. IV. (128.) 433. 434. — A. IV. (19.) 74. 75.

2. Die Zustellung wird vollzogen durch die Uebergabe des zuzustellenden Schriftstücks (§ 156 der R. C. P. O.). **Nur diejenige Zustellungsurkunde, welche für die zustellende Partei gebildet wird, ist als das eigentlich beweisende Dokument dafür zu betrachten.** Der § 173 der R. C. P. O. bestimmt: „Ueber die Zustellung ist eine Urkunde aufzunehmen", und weiter: „Die Zustellungsurkunde ist der Partei, für welche die Zustellung erfolgt, zu übermitteln". Dieselbe muß (§ 174), um beweisend zu sein, den Vorschriften der §§ 174, 178 a. a. O. entsprechen. Von einer zweiten auszufertigenden Urkunde ist nirgends die Rede, sondern nur bestimmt, daß derjenigen Partei, welcher zugestellt worden ist, eine beglaubigte Abschrift belassen werden solle. Es besteht also zwischen der Zustellungsurkunde und dieser Abschrift ein

Digitized by Google

wesentlicher Unterschied. Die Abschrift kann der Empfänger des zugestellten Schriftstücks zwar beanspruchen; sie dient dazu, ihm die Kenntniß von einer vollzogenen, dem Gesetze entsprechenden Zustellung und von dem Zeitpunkte, zu welchem sie geschehen ist, zu vergewissern. Nirgends aber findet sich eine Vorschrift, daß die Zurücklassung als ein Müssen im Sinne der R. C. P. O. geboten sei. Sind in der aufgenommenen Urkunde — der Urschrift — die Vorschriften der §§ 174. 178 a. a. O. gehörig beachtet worden, so gibt sie vollen Beweis, und ein bezüglich der Abschrift bestehender Mangel ist nicht geeignet, diese Beweiskraft zu beeinträchtigen. (Vgl. R. G. 15. III. 82.) A. V. S. 74.) — (R. G. 22. I. 83.) A. VII. (86.) 278. 279.

3. Ueber die **Beglaubigung der zuzustellenden Abschrift** s. § 156 ad R. C. VI. (109.) 362. 363. (R. C. VIII. (96.) 347. IX. (118.) 413. (123.) 436.)

4. **Der Zustellungsempfänger hat ein Recht darauf, daß er ordnungsmäßig, in der gesetzlich vorgeschriebenen Form, geladen wird, er begibt sich jenes Bürgerrechtes nur durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht, in Gemäßheit der in § 267 C. P. O. enthaltenen (nach § 520 auch für die Revisionsinstanz geltenden) Vorschriften, nicht aber auch dadurch, daß er der ordnungswidrigen Ladung Folge leistet, sobald er nur, ohne in die Verhandlung der Sache selbst einzutreten, die Unzulässigkeit des Rechtsmittels geltend macht.** (R. G. 20. XII. 81.) R. C. VI. (109.) 364.

5. **Die unterlassene Mittheilung einer Abschrift der Zustellungsurkunde an die Person, welcher zugestellt werden soll, kann unter Umständen den Fristenlauf hemmen.** Die Mittheilung einer Abschrift der Zustellungsurkunde an die Person, welcher das zuzustellende Schriftstück übergeben wird, hat lediglich den Zweck, die betreffende Person in den Stand zu setzen, den Tag der Zustellung zu beweisen, bezw. wenn die Zustellung nicht an den Adressaten selbst erfolgt ist, diesem von dem Tage der Zustellung Kenntniß zu geben. Es kann daher unter Umständen die unterlassene Mittheilung der Abschrift einer Zustellungsurkunde allerdings dahin führen, eine Schrift, welche innerhalb einer bestimmten Frist nach der Zustellung eingereicht werden muß, als rechtzeitig eingegangen zu behandeln. (R. G. 23. XI. 80.) R. A. II. (260.) 558. 559.

6. **Ein einzelnes Element der beurkundeten Zustellung** (z. B. die Legitimationberechtigung zur Annahme) **kann richterlicherseits durch Beweis außerhalb der Zustellungsurkunde festgestellt und ergänzt werden.** Entsch. des R. G. vom 19. Juni 1882.

§ 174. **§ 174.**

Die Zustellungsurkunde muß enthalten:

1. Ort und Zeit der Zustellung;
2. die Bezeichnung der Person, für welche zugestellt werden soll; wenn die Zustellung von Amtswegen angeordnet ist, das Gericht, von welchem die Anordnung ausgeht;
3. die Bezeichnung der Person, an welche zugestellt werden soll;
4. die Bezeichnung der Person, welcher zugestellt ist; in den Fällen der §§ 166, 168, 169 die Angabe des Grundes, durch welchen die Zustellung an die bezeichnete Person gerechtfertigt wird; wenn nach § 167 verfahren ist, die Bemerkung, wie die darin enthaltenen Vorschriften befolgt sind;
5. im Falle der Verweigerung der Annahme die Erwähnung, daß die Annahme verweigert und das zu übergebende Schriftstück am Orte der Zustellung zurückgelassen ist;

Digitized by Google

6. die Bemerkung, daß eine Ausfertigung oder eine Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks und daß eine Abschrift der Zustellungsurkunde übergeben ist;
7. die Unterschrift des die Zustellung vollziehenden Beamten.

1. Mögen auch die im § 174 der R. C. P. O. aufgezählten Erfordernisse einer Zustellungsurkunde — worauf das kategorische Wort „muß" deutet — an sich wesentliche sein, so stellt sich doch **die Thatsache der Zustellung** — als die Herbeiführung der Kenntnißnahme für eine bestimmte Person durch Uebergabe eines Schriftstückes (§ 156 a. a. O.) — nach ihrem historischen Verlaufe und nach der Auffassung im Systeme der R. C. P. O. (§§ 152—171 und §§ 173, 174) als **ein, vor der Ausstellung der Zustellungsurkunde liegender, getrennter Akt** dar, für welchen die Zustellungsurkunde nur als Mittel dient, die Thatsache der Zustellung in der Gesammtheit ihrer äußeren Erscheinung festzustellen und zu beweisen. **Die Zustellungsurkunde hat** daher **nicht die Eigenschaft eines Formal- oder Solennitätsaktes, d. h. es stellt sich in der Schriftform nicht gleichzeitig der Rechtsgrund dar, sondern die Qualität eines Beweismittels mit öffentlichem Glauben** (§§ 380. 383 a. a. O.). Es kann daher — bei der Getrenntheit beider Akte — die Zustellung ordnungsmäßig erfolgt, aber die darüber aufgenommene Urkunde mit Mängeln — inneren und äußeren — behaftet sein, und umgekehrt, es kann die Zustellung selbst ordnungswidrig geschehen aber die Zustellungsurkunde formell korrekt sein. **Die Zustellungsurkunde gestattet** daher **gegen den Inhalt der von ihr bezeugten Thatsachen den Gegenbeweis** (§ 383 a. a. O.), **während äußere Mängel (Durchstreichungen u. s. w.) — für ihren Einfluß auf die Beweiskraft — der freien richterlichen Würdigung unterliegen** (§§ 259. 384 a. a. O.). Aus dieser Eigenschaft ergibt sich schon von selbst mit Nothwendigkeit, daß nicht jeder einzelne formale Mangel die Beweiskraft — noch weniger aber die Existenz der Zustellungsurkunde aufzuheben und zu zerstören geeignet ist; daß der Richter, da die R. C. P. O. nicht — wie das französische Recht (Code de proced. Art. 71) — die Richtigkeit der Zustellung an den Formenmangel der Zustellungsurkunde knüpft, befugt ist, die Beweiskraft einer Zustellungsurkunde nach ihrer konkreten Beschaffenheit zu prüfen, und daß, wenn er dieses Recht hat, er auch ermächtigt ist, den Einfluß zu würdigen, welchen ein innerer Mangel auf die Beweiskraft der Urkunde ausübt. Wenn der Richter zu dieser Prüfung — bei Abfassung eines Versäumnißurtheils — von Amtswegen berufen ist (§ 360 Nr. 2 a. a. O.), so tritt — bei dem Erscheinen desjenigen, an welchen die Zustellung gerichtet war — die Bedeutung der Zustellungsurkunde vollends zurück und eine Pflicht des Richters zur Prüfung der Urkunde erst in Folge des Rügerechtes der Partei ein (§ 267 a. a. O.), so daß also ein objektiver Mangel der Zustellungsurkunde die Zustellung selbst nicht beeinträchtigt und durch Unterlassung der Rüge als geheilt erscheint. Und was von der Zustellung einer Ladung für den Fall des Erscheinens der Partei gilt, das ist betreffs der Zustellungsurkunde auch Rechtens, wenn ein zugestelltes Schriftstück zugestandenermaßen in den Besitz des Zustellungs-Empfängers gelangt ist. (Vergl. Petersen, R. C. P. O. Bd. I. S. 406. 407. 418 und in Busch, Zeitschr. für deutschen Civilprozeß Bd. I. S. 72. 77;

Digitized by Google

Endemann, R. C. P. O. Bd. I. S. 270; Wilmowsky, R. C. P. O. S. 170; Hellmann, R. C. P. O. S. 176 und Gaupp Bd. I. S. 462). Wenn hiernach die Zustellung und die Beurkundung der Zustellung von einander getrennte Thatsachen und Rechtsakte darstellen; wenn die Zustellung rechtliche Konsequenzen nach sich zieht unabhängig von dem formalen Inhalte der Zustellungsurkunde, und wenn die Beweiskraft der Zustellungsurkunde von dem Richter — unter Zulassung von Gegenbeweisen — nach der konkreten Sachlage zu bestimmen und zu würdigen ist, so ist es auch **nicht verboten, sondern prozeßrechtlich erlaubt, ein einzelnes Element der an sich beurkundeten Zustellung, also z. B. die Legitimationsberechtigung zur Annahme der Zustellung seitens eines Generalbevollmächtigten durch Vorlegung der Vollmacht oder Statuten** (§§ 157. 159 a. a. O.), **durch Beweis außerhalb der Zustellungsurkunde festzustellen und zu ergänzen,** zumal wenn diese Legitimation in dem Rechtsstreite bemängelt ist, und von ihr die Rechtmäßigkeit der Zustellung und von dieser — das materielle Recht der Pfandpriorität abhängig ist. Die Vorschriften der R. C. P. O. und die rechtliche Natur der Zustellung und der Zustellungsurkunde stehen dieser Auffassung nicht entgegen, sondern unterstützend zur Seite. (Vergl. Endemann a. a. O. Bd. I. S. 557 und Wilmowsky a. a. O. S. 170. Abweichend: Gaupp, Bd. I. S. 459. 462). (R. G. 19. VI. 82.) A. VI. (24.) 132—135. R. A. 1882 beſ. Beil. Nr. 8 S. 5; S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 66 S. 98. 99.

2. **Ziff. 2. Namhaftmachung der Person, für welche zugestellt wird, in der Zustellungsurkunde.** Eine Zustellung kann nur zu Gunsten derjenigen Person wirksam werden, für welche sie erfolgt ist; es muß daher bei der Vornahme der Zustellung dem Zustellungsempfänger kundgegeben werden, für wen die Zustellung geschehe. Deßhalb schreibt der § 173 Abs. 3 der C. P. O. vor, daß eine beglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde, welche nach § 174 Z. 2 die Bezeichnung dieser Person enthalten muß, durch den Gerichtsvollzieher auf das zu übergebende Schriftstück oder auf einen mit demselben zu verbindenden Bogen zu setzen ist. In der Zustellungsurkunde darf als die Person, für welche zugestellt werden soll, nicht bloß die Partei selbst, sondern auch der Prozeßbevollmächtigte derselben und also im Anwaltsprozesse der sie vertretende Anwalt bezeichnet werden. (R. G. 1. V. 85). U. u. A. II. (98.) 201.

3. **Wenn in der Zustellungsurkunde als Auftraggeber des Gerichtsvollziehers eine andere Person, als die Partei oder ihr Prozeßbevollmächtigter, angegeben ist, so kann die Gültigkeit der Zustellung dargethan werden durch den Beweis, daß diese Person von dem Prozeßbevollmächtigten mit dem Betriebe der Zustellung beauftragt worden sei, oder daß derselbe die geschehene Zustellung nachträglich genehmigt habe.** Der § 174 C. P. O. bestimmt nur darüber, was die Zustellungsurkunde enthalten muß. Da ein Verstoß gegen die Vorschriften desselben durch das Gesetz nicht mit Ungültigkeit der Zustellung bedroht ist, so muß ihre Absicht darin gefunden werden, daß die Erfordernisse festgestellt werden sollen, denen eine Zustellungsurkunde genügen muß, um als öffentliche Urkunde vollen Beweis einer gültig geschehenen Zustellung zu liefern. Demnach wird durch diese Vorschriften nicht ausgeschlossen, daß zum Verständnisse undeutlicher

Digitized by Google

Ausdrücke der Urkunde auch auf die außerhalb der Urkunde liegenden Umstände des Falles Rücksicht zu nehmen ist, und daß undeutliche und unrichtige Bekundungen derselben durch anderweite Beweise aufgeklärt und berichtigt werden dürfen. Da der Zustellungsempfänger nicht verbunden ist eine Zustellung zu beachten, welche von unbefugter Seite ausgeht, so muß ihm, wie der § 174 in Ziff. 2 es vorschreibt, durch den Zustellungsakt die Person bezeichnet werden, für welche die Zustellung erfolgen soll; einem Mangel dieser Bezeichnung kann nicht durch einen erst in dem Prozesse der Parteien in Folge einer Bestreitung der Gültigkeit der Zustellung erbrachten Beweis abgeholfen werden. Da aber hierfür die Anwendung einer bestimmten Ausdrucksweise nicht vorgeschrieben ist, so geschieht diesem Erfordernisse Genüge, durch jeden Ausdruck, welcher den Zweck desselben, den Zustellungsempfänger über die betreffende Person zu vergewissern, erfüllt hat oder doch in Anbetracht der dem Zustellungsempfänger bekannten Umstände des Falles hätte erfüllen müssen. Daß auch der Auftraggeber des Gerichtsvollziehers in der Zustellungsurkunde zu bezeichnen sei, ist in dem Gesetze nicht vorgeschrieben, und die in den Zustellungsurkunden gewöhnlich vorkommende Bezeichnung desselben hat daher nur insofern Bedeutung, als dadurch unmittelbar oder mittelbar die Person, für welche zugestellt werden soll, bezeichnet ist. Das Interesse der zustellenden Partei an der Deutlichkeit dieser Bezeichnung besteht nur darin, daß dieselbe dem Zustellungsempfänger gegenüber ihren Zweck erfülle. Da die in der Zustellungsurkunde enthaltenen Erklärungen nicht an die zustellende Partei, sondern im Auftrage derselben an ihren Prozeßgegner, den Zustellungsempfänger, gerichtet sind, so kommt es nur darauf an, daß sie von Letzterem richtig verstanden worden sind oder doch richtig verstanden werden mußten. Demnach kann die zustellende Partei aus einer vermeintlichen Undeutlichkeit dieser Bezeichnung einen Grund zur Bestreitung der Gültigkeit der Zustellung dem Zustellungsempfänger gegenüber nicht herleiten. Die Rechtswirksamkeit der für eine Partei vorgenommenen Zustellung hat aber zur Voraussetzung, daß dieselbe von befugter Seite für sie betrieben worden ist. Die Partei und ihr Prozeßbevollmächtigter, welchem sie durch die Prozeßvollmacht auch die Sorge für die Betreibung der erforderlichen Zustellungen übertragen hat, haben beliebig zu ermessen, ob und wann eine Zustellung für sie vorgenommen werden soll. Dem Prozeßbevollmächtigten ist es hierbei unbenommen, nicht bloß sich zur Uebermittelung des Zustellungsauftrages an den Gerichtsvollzieher einer von ihm beauftragten Mittelsperson zu bedienen, sondern auch, sich für die Betreibung der erforderlich werdenden Zustellungen oder auch einer einzelnen Zustellung einen Vertreter zu bestellen (§ 77 C. P. O.), und ebenso kann er auch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Rechtswirksamkeit einer für ihn oder seine Partei von einem unbeauftragten Geschäftsführer in Voraussetzung seiner Genehmigung bewirkten Zustellung durch nachträgliche Genehmigung derselben herbeiführen. Anders verhält es sich mit einer Zustellung, welche ein Dritter nicht für die betreffende Partei oder deren Prozeßbevollmächtigten, sondern für sich selbst oder eine andere Person bewirkt hat. Da die nachträgliche Genehmigung einer Rechtshandlung an der Bedeutung, in welcher dieselbe vor-

Digitized by Google

genommen ist, nichts zu ändern vermag, so ist auch eine Partei und ihr Bevollmächtigter nicht im Stande, eine nicht für sie vorgenommene Zustellung durch nachträgliche Genehmigung derselben so, als ob dieselbe für sie vorgenommen worden sei, rechtswirksam zu machen. Ein solcher Fall ist in einer Entscheidung des Reichsgerichtes (vergl. Entsch des R. G's. in Civils. Bd. 10 Nr. 124 S. 400), behandelt. (R. G. 1. II. 87.) R. C. XVII. (103.) 413. 414.

4. Ziff. 4. **Wenn die Zustellung an eine andere als die bestimmte Person erfolgt, muß sowohl diese andere Person, als der Grund, warum dem Adressaten nicht selbst zugestellt wurde, in der Zustellungsurkunde angegeben sein. Keine dieser beiden Angaben kann die andere mitumfassen oder ersetzen.** (R. G. 15. II. 83.) A. VII. (114.) 375—377.

5. Der § 174 der C. P. O. verordnet unter Ziff. 4, daß die Zustellungsurkunde die Bezeichnung der Person zu enthalten habe, an welche zugestellt wird, und zu einer genauen Bezeichnung gehört die Angabe von Vor- und Zuname, Stand und Wohnort, und wenn die Person als gesetzlicher Vertreter in Anspruch genommen wird, die Angabe dieser Eigenschaft. Die unrichtige Anführung auch nur des Vornamens des Zustellungsempfängers, mag es die Partei selbst oder deren gesetzlicher Vertreter sein, stellt sich unzweifelhaft als ein innerer Mangel der Zustellungsurkunde dar. **Allein bei Angabe eines falschen Vornamens des bezeichneten gesetzlichen Vertreters kann in Erwägung der sonstigen Umstände die Urkunde als richtig zugestellt erachtet werden.** In dieser Hinsicht kommt in Betracht, daß die Zustellungsnachweise nicht die Eigenschaft von Formal- oder Solennitätsakten haben, sondern als öffentliche Urkunden erscheinen (§ 380 der C. P. O. Seuffert's Archiv Bd. 38 Nr. 66), daß daher Sinn und Bedeutung der in Rede stehenden Zustellungsurkunde nach den allgemeinen Auslegungsregeln zu ermitteln war. Hiernach war zuvörderst der Wortlaut der betreffenden Stelle, sodann der gesammte Inhalt der Urkunde in Berücksichtigung zu ziehen und das Ineinandergreifen der begleitenden Umstände zu beachten. (B. O. L. 3. VII. 84.) S. X. (176.) 479.

6. Ziff. 6. Nach § 174 Ziff. 6 der C. P. O. muß die Zustellungsurkunde die Bemerkung enthalten, daß eine Abschrift derselben übergeben worden ist, und nach § 178 ist bei einer Zustellung durch den Postboten von demselben eine Urkunde aufzunehmen, welche den Bestimmungen des § 174 Ziff. 1. 3—5. 7. entsprechen und die Uebergabe einer Abschrift der Zustellungsurkunde bezeugen muß. Mögen nun auch die in § 174 aufgezählten Erfordernisse einer Zustellungsurkunde — worauf das Wort „muß" deutet — an sich wesentliche sein, so stellt sich doch die Thatsache der Zustellung, als die Herbeiführung der Kenntnißnahme für eine bestimmte Person durch die Uebergabe eines Schriftstücks, als ein vor der Ausstellung der Zustellungsurkunde liegender, getrennter Akt dar, für welchen die Zustellungsurkunde nur als Mittel dient, die Thatsache der Zustellung festzustellen und zu beweisen. Diese Urkunde hat daher nicht die Eigenschaft eines Formal- oder Solennitätsaktes, sondern die eines Beweismittels mit öffentlichem Glauben. Es kann die Zustellung ordnungsmäßig erfolgt, jedoch die Urkunde mit inneren und äußeren Mängeln behaftet sein; das Gesetz knüpft aber an

Digitized by Google

solche Mängel nicht die Richtigkeit der Zustellung selbst. **Daher kann auch die Nichtzurücklassung einer Abschrift der Zustellungsurkunde nicht als ein Mangel der Zustellung selbst angesehen werden.** Ebensowenig wird dadurch der Beweiskraft der Zustellungsurkunde, soweit sie die Zustellung des zuzustellenden Schriftstücks betrifft, aufgehoben. **Allerdings ist die Verabfolgung der Abschrift geboten, damit dem Zustellungsempfänger Gelegenheit geboten werde, gegen die Feststellung der Uebergabe zu reklamiren; aber wenn die Zustellung nach Ausweis des Originals gehörig erfolgt ist und Nachtheile durch das Fehlen der Abschrift der Zustellungsurkunde nicht entstanden sind, kann von einer Unwirksamkeit der Zustellung nicht die Rede sein.** (Vgl. die Kommentare zur C. P. O. von Wilmowsky u. Levy, Puchelt, Petersen zu §§ 173. 174; Busch Zeitschr. f. C. P. Bd. 1 S. 71; Urth. des R. G. v. 15. März und 19. Juni 1882, abgedr. in Seuffert's Bl. f. R.-Anw. Erg.-Bd. 4 S. 109. 156 und in Seuffert, Archiv Bd. 38 Nr. 66; Slg. von Entsch. des obersten L. G. in Bayern Bd. 10 S. 479). Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 31. März 1887. Seuffert's Bl. f. R.-Anw. Jahrg. 52 S. 172. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 327 S. 465. 466.

§ 175.

§ 175.

Ist die Zustellung durch Aufgabe zur Post (§ 161) erfolgt, so muß die Zustellungsurkunde den Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen unter Nr. 2, 3, 7 entsprechen und außerdem ergeben, zu welcher Zeit, unter welcher Adresse und bei welcher Postanstalt die Aufgabe geschehen ist.

2. Zustellung durch die Post.

§ 176.

§ 176.

Zustellungen können auch durch die Post erfolgen.

§§ 161, 164, 171, 175. K. O. § 69.

Eine fehlerhafte Postzustellungsurkunde kann nicht durch Parteierklärungen geheilt werden. (R. G. 25. IX. 84.) U. u. A. I. (61.) 111.

§ 177.

§ 177.

Wird durch die Post zugestellt, so hat der Gerichtsvollzieher einen durch sein Dienstsiegel verschlossenen, mit der Adresse der Person, an welche zugestellt werden soll, versehenen und mit einer Geschäftsnummer bezeichneten Briefumschlag, in welchem die zuzustellende Ausfertigung oder die beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks enthalten ist, der Post mit dem Ersuchen zu übergeben, die Zustellung einem Postboten des Bestimmungsorts aufzutragen. Daß die Uebergabe in der bezeichneten Art geschehen, ist von dem Gerichtsvollzieher auf der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einem mit derselben zu verbindenden Bogen zu bezeugen.

R. Post O. vom 18. Dezember 1874. §§ 22 ff., 35.

Wenn es auch für angemessen und zweckmäßig erachtet werden muß, daß im Falle der Zustellung durch die Post eine Abschrift der Urkunde, welche der Gerichtsvollzieher nach § 177 C. P. O. auf die Urschrift des zuzustellenden Schriftstückes zu setzen hat, abschriftlich auf die Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes übertragen werde (für Preußen ist dieses durch die Verfügung des Justizministeriums vom 18. Juni 1883 [J. M. Bl. 1883 S. 191] vorgeschrieben), da nur in diesem Falle der Partei, an welche die Zustellung erfolgt, die Person, für welche zugestellt wird, bezeichnet wird, **so kann doch in der Unterlassung der abschriftlichen Uebertragung jener Urkunde auf die Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes ein die Gültigkeit und Wirksamkeit der Zustellung aufhebender Mangel nicht gefunden werden.** Bei der Zustellung durch die Post hat ein Gerichts-

Digitized by Google

vollzieher und ein mit der Zustellung beauftragter Postbote mitzuwirken. Die Thätigkeit des ersteren ist im § 177, die des letzteren im § 178 C. P. O. geregelt, und es sind in diesen Paragraphen diejenigen Normen gegeben, welche für die Zustellung durch die Post maßgebend sind. Im § 177 a. a. O. ist aber nur vorgeschrieben, daß der Gerichtsvollzieher auf der Urschrift des zuzustellenden Schriftstückes oder auf einem mit derselben zu verbindenden Bogen zu bezeugen habe, daß die Uebergabe des zuzustellenden Schriftstückes an die Post in der im § 177 a. a. O. vorgeschriebenen Art geschehen sei, nicht auch, daß eine Abschrift dieser Urkunde auf die Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes zu übertragen sei. Letzteres bildet also kein gesetzliches, die Gültigkeit der Zustellung durch die Post bedingendes Erforderniß. (R. G. 18. IX. 85.) R. C. XIV. (111.) 392. 393. (R. G. 5. II. 86.) R. C. XV. (114.) 412.

§ 178. **§ 178.**

Die Zustellung durch den Postboten erfolgt in Gemäßheit der Bestimmungen der §§ 165—170.

Ueber die Zustellung ist von dem Postboten eine Urkunde aufzunehmen, welche den Bestimmungen des § 174 Nr. 1, 3—5, 7 entsprechen und außerdem die Uebergabe des seinem Verschlusse, seiner Adresse und seiner Geschäftsnummer nach bezeichneten Briefumschlags, sowie der Abschrift der Zustellungsurkunde bezeugen muß.

Die Urkunde ist von dem Postboten der Postanstalt und von dieser dem Gerichtsvollzieher zu überliefern, welcher mit derselben in Gemäßheit der Bestimmung des § 173 Abs. 4 zu verfahren hat.

1. Indem die C. P. O. das Institut der Zustellung durch die Post adoptirte, hat sie für den Fall der Wahl dieses Zustellungsmodus einen Theil der dem Gerichtsvollzieher als Zustellungsbeamten obliegenden Amtsfunktionen, — den eigentlichen Zustellungsakt und dessen Beurkundung — dem Postboten übertragen; „dieser ist insoweit Gerichtsvollzieher; denn wie der Letztere behändigt er dem Adressaten oder einer Ersatzperson und beurkundet den Behändigungsakt" (Motive zu §§ 146—183 des Entwurfs der C. P. O. S. 141, Hahn's Materialien Bd. 2 S. 221). **Die über die Zustellung von dem Postboten (in Ausübung seiner Amtspflicht) ausgestellte Zustellungsurkunde ist zweifellos eine öffentliche Urkunde.** Daß aber zu der Amtspflicht des zustellenden Postbeamten, ebenso wie dies beim Gerichtsvollzieher der Fall ist, auch die Uebergabe einer von ihm auszustellenden „Abschrift" der Zustellungsurkunde an den Zustellungsempfänger gehört, ergibt sich unmittelbar aus der Vorschrift im § 178 Abs. 2 am Ende der C. P. O., woselbst vorgeschrieben ist, daß die Zustellungsurkunde unter anderem die Uebergabe dieser Abschrift bezeugen muß. Daß die in den §§ 173. 174,6 der C. P. O. enthaltenen, die Uebergabe dieser Abschrift für den Fall der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher betreffenden Bestimmungen in dem § 178 unter den für die Postzustellung maßgebenden Vorschriften nicht mit aufgenommen sind, hat seinen Grund darin, daß der Postbeamte das zuzustellende Schriftstück in einem Briefumschlage verschlossen empfängt und zustellt, daher es bei der Postbestellung ausgeschlossen ist, die Abschrift auf dieses Schriftstück oder auf einen mit demselben zu verbindenden Bogen zu setzen. Die von dem Postboten zu übergebende Abschrift hat aber denselben Zweck, wie die, welche der Gerichtsvollzieher zurückläßt. Sie soll der Person, welcher zugestellt wird, einen Beweis über den Akt, die Modalität, Zeit

Digitized by Google

und Ort der an sie erfolgenden Zustellung gewähren. In den Motiven zu §§ 166—168 des Entwurfs (§§ 173—175 der C. P. O. (Hahn's Materialien Bd. 2 S. 231) ist gesagt, die dem Requisiten zugestellte Abschrift bilde für ihn das Original; es wird ferner darin die in verschiedenen Gesetzesarbeiten enthaltene besondere Vorschrift erwähnt, wonach, wenn Urschrift und Abschrift der Zustellungsurkunde abweichen, zu Gunsten des Requisiten der Inhalt der Abschrift maßgebend sein solle. Von der Aufnahme einer solchen Bestimmung ist abgesehen worden, weil „wenn die zuzustellende Abschrift beglaubigt sei, der Fall kein sehr praktischer zu nennen sein werde, während im Uebrigen, eben mit Rücksicht darauf, daß für den Requisiten die Abschrift das Original bilde, die Entscheidung in gleichem Sinne zu ertheilen sein werde." Ob dieser Auffassung der Motive bezüglich der prävalirenden Beweiskraft der Abschrift in vollem Umfange beizutreten sei, ist hier nicht zu erörtern. Jedenfalls ist soviel anzuerkennen, daß es bei der von dem Postbeamten unter gleicher Vollziehung, wie das Original auszustellenden und dem Adressaten zu überlassenden „Abschrift" es sich um eine zum Beweise der Zustellung für ihn bestimmte und beweiskräftige Urkunde handelt, und da der Postbeamte in seiner amtlichen Funktion als Zustellungsbeamter zu deren Ausstellung berechtigt und verpflichtet ist, so ist derselben auch die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde nicht zu versagen. (R. G. 31. V. 86.) R. A. VIII. (164.) 418. 419.

2. Bei Zustellungen durch die Post ist im § 178 Abs. 2 verbunden mit dem § 174 C. P. O. **nicht vorgeschrieben, daß die aufzunehmende und dem Empfänger zu behändigende Zustellungsurkunde die Bezeichnung der Person, für welche zugestellt werden soll, enthalte.** (R. G. 5. II. 86.) R. C. XV. (114.) 412.

§ 179. § 179.

Insoweit eine Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, kann derselbe unmittelbar die Post um Bewirkung der Zustellung ersuchen. In diesem Falle finden die Vorschriften der §§ 177, 178 auf den Gerichtsschreiber entsprechende Anwendung; die erforderliche Beglaubigung erfolgt durch den Gerichtsschreiber.

Ger. K. G. § 40.

§ 180. § 180.

Ist eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt, obgleich sie durch die Post hätte erfolgen können, so hat die zur Erstattung der Prozeßkosten verurtheilte Partei die Mehrkosten nicht zu tragen.

3. Zustellung von Anwalt zu Anwalt.

§ 181. § 181.

Sind die Parteien durch Anwälte vertreten, so kann die Zustellung von Anwalt zu Anwalt erfolgen.

Zum Nachweise der Zustellung genügt das mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbekenntniß des Anwalts, welchem zugestellt worden ist.

1. **Die Ladung zur Verhandlung in der Ber.-Instanz wird gültig von Anwalt zu Anwalt an den erstinstanzlichen Anwalt des Ber.-Beklagten zugestellt.** Die fakultative Zustellung von Anwalt zu Anwalt, welche, nach dem Vorgang einiger Prozeßordnungen in dem Entwurf der C. P. O. nur für den Anwaltsprozeß vorgesehen war, ist durch § 181 Abs. 1 auf alle Fälle ausgedehnt worden, in welchen die Parteien durch Anwälte vertreten sind, **gilt also auch im Parteiprozeß**, obgleich gerade in diesem

Digitized by Google

die Anwälte oft an verschiedenen Orten wohnen (Wilmowsky u. Levy C. P. O. § 181 Anm. 1). **Von einer Beschränkung auf den Verkehr in der gleichen Instanz kann** aber schon im Hinblick auf die Bestimmung des § 164 der C. P. O. **nicht die Rede sein**, wonach die Zustellung des Schriftsatzes, durch welchen ein Rechtsmittel eingelegt wird, falls für die höhere Instanz von dem Gegner noch kein Prozeßbevollmächtigter bestellt ist, an den Prozeßbevollmächtigten der zunächst nachgeordneten Instanz zu erfolgen hat. Hätte angesichts der in § 164 der C. P. O. in bindender Weise vorgeschriebenen Reihenfolge der Personen, an welche die Zustellung gerade eines solchen Schriftsatzes zu erfolgen hat, der Gesetzgeber die von dem Anwalt des Ber.-Beklagten geltend gemachte Unterscheidung machen wollen, so hätte solche in § 181 zum Ausdruck gelangen müssen, was aber mit um so mehr Recht unterblieben ist, da wegen der Gefahr des Fristenablaufs ein möglichst einfaches und rasches Zustellungsverfahren dringend geboten ist. Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe vom 6. März 1881. Wallmann, Deutsche Juristenzeitung Bd. 6 S. 512. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 176 S. 227.

2. **Die durch § 168 Abs. 2 der R. C. P. O. vorgesehene Ersatzzustellung findet auf die nach § 181 statthafte Zustellung von Anwalt zu Anwalt keine Anwendung.** Allerdings enthält Abs. 2 des § 168 der Reichs-Civilprozeßordnung die Bestimmung, daß bei Abwesenheit des Anwalts die Zustellung an den im Geschäftslokale anwesenden Gehilfen oder Schreiber erfolgen kann, allein dieser Paragraph ist nur ein Bestandtheil der unter Tit. II §§ 152—175 aufgeführten Bestimmungen, welche die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher behandeln und die Art und Weise, wie solche für alle im Leben vorkommenden Fälle zu bethätigen ist, regeln. Muß schon hiernach angenommen werden, daß § 168 nur die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher gemeint wissen will, so ergibt sich dies mit aller Bestimmtheit aus § 174, woselbst alle Erfordernisse aufgezählt sind, welche eine giltige Zustellungsurkunde enthalten muß, und unter Ziff. 4 und 7 insbesondere ausgesprochen ist, daß die Bezeichnung der Person, welcher zugestellt ist, und in den Fällen der §§ 166. 168 und 169 die Angabe des Grundes, durch welchen die Zustellung an die bezeichnete Person gerechtfertigt wird, in die Urkunde aufzunehmen sei, endlich daß letztere die Unterschrift des die Zustellung vollziehenden Beamten enthalten müsse. Aber auch eine analoge Anwendung der hiernach in den §§ 166. 168 und 169 vorgesehenen Ersatzzustellungen auf die nach § 181 statthafte Zustellung von Anwalt zu Anwalt muß als ausgeschlossen und geradezu unausführbar erachtet werden; denn die Zustellung von Anwalt zu Anwalt ist eine ganz selbständige und eigenartige, welche sich der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher und durch die Post anreiht, mit diesen Zustellungen aber nichts gemein hat. Während nämlich bei der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher und durch die Post der Zustellende die Richtigkeit der erfolgten Zustellung beurkundet und durch diese Beurkundung den Nachweis der richtig bewirkten Zustellung liefert, tritt bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt an Stelle der Beurkundung durch den Zustellenden die Bestätigung des Empfanges der erhaltenen Zustellung durch die Unterschrift des Empfängers. Bei letzterer Art von Zustellung ist demnach eine Ersatzzustellung, wie solche in § 168 Abs. 2

Digitized by Google

angeordnet ist, gar nicht denkbar, nachdem eine Urkundsperson, welche den Grund der Zulässigkeit der Ersatzzustellung in der Zustellungsurkunde anzugeben hätte, hier überhaupt gar nicht vorhanden ist. Abgesehen hiervon ist die Zustellung von Anwalt zu Anwalt eine die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher geradezu ausschließende, und können daher die für letztere gegebenen Vorschriften auf erstere keine, also auch nicht analoge Anwendung finden. **Dagegen ist in den Fällen der letzteren Art nicht nur vorgängige Ermächtigung eines Dritten zur Empfangnahme, sondern auch die nachträgliche Genehmigung der Vornahme einer solchen Handlung durch diesen rechtswirksam.** Wenn auch die in § 181 zugelassene Zustellung von Anwalt zu Anwalt im Absatze 2 für die Bestätigung der Empfangnahme der Zustellung die mit Datum versehene Unterschrift des Anwalts für ihre Gültigkeit fordert, so kann doch kein Zweifel darüber bestehen, daß auch an Stelle des abwesenden oder sonstwie verhinderten Anwalts eine Zustellung in rechtsgiltiger und rechtswirksamer Weise an einen Dritten erfolgen kann, wenn dieser Dritte zur Empfangnahme der Zustellung an den Anwalt ermächtigt war. Dies ergibt sich mit zwingender Nothwendigkeit aus dem Umstand, daß die Reichscivilprozeßordnung die Stellvertretung im Prozesse überhaupt gestattet und insbesondere bei Zustellungen zuläßt, ja in mehrfachen Fällen, wie aus den §§ 160. 161 und anderen hervorgeht, die Aufstellung eines Zustellungsbevollmächtigten dem Ermessen des Gerichts anheimstellt, und ist daher gar nicht abzusehen, warum bei einer Zustellung von Anwalt zu Anwalt nach § 181 die Zustellung eines Zustellungsbevollmächtigten ausgeschlossen sein sollte, nachdem sie das Gesetz selbst hier nicht ausgeschlossen hat. Abgesehen hiervon ist in der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 § 19 Abs. 2 mit klaren Worten ausgesprochen, daß an den Zustellungsbevollmächtigten auch die Zustellung von Anwalt zu Anwalt wie an den Rechtsanwalt selbst erfolgen kann. Dieser Absatz steht zwar im inneren Zusammenhang mit Abs. 1 dortselbst, welcher bestimmt, daß der an dem Orte des Gerichts, bei welchem er zugelassen ist, nicht wohnhafte Rechtsanwalt, bei diesem Gerichte einen an dem Orte desselben wohnhaften ständigen Zustellungsbevollmächtigten aufstellen muß, allein hiermit ist nicht die Annahme ausgeschlossen, daß die nach Abs. 2 zulässige Zustellung an den Zustellungsbevollmächtigten überhaupt und allgemein gestattet sei, da eine Beschränkung der Zulässigkeit der Zustellung an den Zustellungsbevollmächtigten auf den in Abs. 1 bezeichneten Fall aus dem Sinn und dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu entnehmen ist, und im Hinblick auf das dringende Bedürfniß der Gesetzgeber eine derartige Beschränkung auch nicht gewollt haben kann. Endlich vermag auch der Umstand, daß die Genehmigung erst nachträglich erfolgte, keinen Einfluß zu üben, weil durch die nachträgliche Genehmigung der Mangel der ursprünglichen Berechtigung des Vertreters ersetzt und die von Letzterem vorgenommene Handlung für den Genehmigenden in der Weise wirksam wird, als wenn sie mit seiner Vollmacht vorgenommen wäre; die Genehmigung hat sonach rückwirkende Kraft, was auch in dem Rechtssatze zum Ausdruck gelangt ist: **ratihabitio mandato comparatur.** (B. O. L. 9. XII. 81. S. IX. (127.) 405. B. O. L. 31. III. 81. S. IX. (34.) 111.) — (B. O. L. 5. I. 82.) S. IX. (141.) 455—459.

Digitized by Google

3. **Das Einwerfen des zuzustellenden Schriftstückes in den Briefkasten des betreffenden Anwaltes kann nicht als Zustellung gelten oder dieselbe ersetzen.** S. hierüber § 165 ad (R. G. 20. I. 82) R. C. VI. (99.) 342. 343.

4. **Wenn die Zustellung von Anwalt zu Anwalt auch einem gemäß § 19 Abs. 2 der R. Anw. Ord. aufgestellten Zustellungsbevollmächtigten eingeräumt ist und die Zustellung an ihn gerade so soll erfolgen können, wie an den Anwalt selbst, so ist von selbst gegeben, daß sich der Zustellende, beziehungsweise der betreibende Anwalt auch mit einem schriftlichen Empfangsbekenntniß des Bevollmächtigten begnügen und mit einem solchen, wie wenn es vom Anwalt selbst ausgestellt wäre, den Nachweis der Zustellung führen kann, mithin zur Herbeiführung eines rechtswirksamen Zustellungsakts nicht erst der Vermittelung des Gerichtsvollziehers oder des Gerichtsschreibers bedarf.** (R. G. 22. VI. 83.) A. VIII. (98.) 361.

5. **Die Zustellung eines für einen Rechtsanwalt bestimmten Umlaufschreibens kann an einen Bediensteten desselben wirksam dann geschehen, wenn dieser zur Empfangnahme und Unterzeichnung solcher Schriftstücke ermächtigt war.** (B. O. L. 9. XII. 81.) S. IX. (127.) 405 f.

6. Die Civilprozeßordnung enthält über die Frage, wie im Falle der Zustellung von Anwalt zu Anwalt der Partei, welcher zugestellt worden ist, die geschehene Zustellung, welche nach § 198 C. P. O. bezüglich des Fristenlaufes auch gegen die Partei, welche die Zustellung hat bewirken lassen, wirksam ist, beweisen kann, keine Vorschriften. Keinem Zweifel kann es unterliegen, daß der Beweis der erfolgten Zustellung von Anwalt zu Anwalt nicht durch ein Empfangsbekenntniß des Anwaltes der Partei, welcher zugestellt sein soll, geführt werden kann, wenn die Ausfertigung des Urtheiles, auf welcher dieses Empfangsbekenntniß des Anwaltes sich befindet, in dessen oder im Besitze seiner Partei ist. **Wohl aber kann durch ein solches Empfangsbekenntniß des Anwaltes, welchem zugestellt worden ist, wenn es dem Anwalte, welcher hat zustellen lassen, ausgehändigt ist, auch von der Partei, welcher zugestellt ist, der Beweis der Zustellung erbracht werden.** Die Beweiskraft des Empfangsbekenntnisses ist in § 181 a. a. O. keineswegs auf den zustellenden Anwalt beschränkt, und es steht nichts der Annahme entgegen, daß dasselbe auch für den dasselbe ausstellenden Anwalt beweisend sei, sofern es sich in den Händen des zustellenden Anwalts befindet. (R. G. 17. XII. 86.) R. C. XVII. (82.) 337. 338.

7. **Der § 181 Abs. 2 der C. P. O. bestimmt, daß zum Nachweise der Zustellung von Anwalt zu Anwalt das mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbekenntniß des Anwalts, welchem zugestellt worden ist, genüge. Darüber, wie der Anwalt, welchem zugestellt worden, die Zustellung nachzuweisen hat (§ 198 Abs. 2 der C. P. O.), ist eine ausdrückliche Vorschrift nicht getroffen.** Es kann nicht als gerechtfertigt angesehen werden, in einem solchen Fall die Vorschriften über die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher anzuwenden, vielmehr muß man, um beide Parteien gleichzustellen, annehmen, daß auch die Partei, welcher zugestellt worden, die geschehene Zustellung durch eine mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Erklärung des gegnerischen Anwalts nachweisen kann. Beschluß

Digitized by Google

des Reichsgerichts vom 1. Oktober 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 150 S. 216. 217.

8. **Beweis der von Anwalt zu Anwalt geschehenen Zustellung seitens des Anwalts, welchem zugestellt worden ist.** Die C. P. O. erklärt in § 181 zum Nachweise der von Anwalt zu Anwalt erfolgten Zustellung das mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbekenntniß des Anwalts, welchem zugestellt worden ist, für genügend; dagegen enthält sie keine Bestimmung darüber, wie bei erfolgter Zustellung von Anwalt zu Anwalt der Anwalt, welchem zugestellt worden ist und welcher folglich sein Empfangsbekenntniß dem gegnerischen Anwalt eingehändigt hat, dem Gerichtsschreiber behufs Erlangung des im § 646 Abs. 2 erwähnten Zeugnisses den hierzu unentbehrlichen Nachweis, wann die Nothfrist zu laufen begonnen habe, d. h. also wann zugestellt sei, liefern könne. Es erscheint aber statthaft, diese Lücke nach Analogie des § 181 Abs. 2 dahin zu ergänzen, daß die Ertheilung des Empfangsbekenntnisses und die Zeit dieser Ertheilung nachgewiesen werden kann durch ein schriftliches Bekenntniß des Anwalts, welcher zugestellt hat, des Inhalts, daß er das nach seinem Inhalt, insbesondere auch nach Datum und Unterschrift des Anwalts, welchem zugestellt worden ist, zu bezeichnende Empfangsbekenntniß dieses Anwalts empfangen habe. Dagegen muß es bedenklich erscheinen, mit der Entscheidung des R. G. in Seuffert Arch. Bd. 37 Nr. 150 anzunehmen, daß die Partei, welcher zugestellt worden ist, die geschehene Zustellung durch eine mit Datum und Unterschrift versehene Erklärung des gegnerischen Anwalts des Inhalts, daß er an dem von ihm angegebenen Tage das Urtheil zugestellt habe, nachweisen könne; und zwar deßhalb, weil eine Erklärung der letzteren Art nur ein Attest ist, welches seiner Natur nach nicht die beweisende Kraft eines Empfangsbekenntnisses hat, überdies auch namentlich aus dem Grunde dem letzteren nicht gleichwerthig ist, weil es in der Regel vor der Behändigung der betreffenden Abschrift an den Gegenanwalt auf dieselbe gesetzt wird, also zu einer Zeit, wo die Zustellung noch nicht erfolgt ist, während das Empfangsbekenntniß des Anwalts, welchem zugestellt wird, nach dem regelmäßigen Verlauf des Hergangs bei der Zustellung erst nach beschaffter Zustellung ertheilt werden kann, woraus erhellt, daß, wenn zufällig die beabsichtigte Zustellung sich verzögert, jenes Attest zu der Annahme führen würde, daß die Nothfrist schon zu einer Zeit abgelaufen sei, wo sie in der That noch nicht abgelaufen ist. Beschluß des O. L. G. zu Hamburg vom 29. Dezember 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 157 S. 220. 221.

9. Eine Zustellung von Anwalt zu Anwalt, kann auf keine andere Weise, als durch ein mit Datum und Unterschrift versehenes schriftliches Empfangsbekenntniß des Anwaltes, welchem zugestellt worden ist, nachgewiesen werden, weil in § 181 Abs. 2 C. P. O. dies als das Minimum des zulässigen Nachweises („genügt") behandelt wird, und kann daher **ohne Einwilligung und Mitwirkung des Gegenanwaltes eine solche Zustellung überhaupt nicht mit Erfolg vorgenommen werden.** (R. G. 29. IX. 81.) R. C. V. (118.) 414. 415. A. IV. (94.) 327.

10. **Nachweis der Zustellung von Anwalt zu Anwalt.** In einer früheren Entscheidung des I. Civilsenates des Reichsgerichts (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 5 S. 414 ff.) ist ausgesprochen worden, daß

Digitized by Google

eine Zustellung von Anwalt zu Anwalt nach § 181 Abs. 2 C. P. O. auf keine andere Weise, als durch ein mit Datum und Unterschrift versehenes schriftliches Empfangsbekenntniß des Anwaltes, welchem zugestellt worden ist, nachgewiesen werden könne. Diese Abschneidung aller anderen Beweismittel hat jedoch bei weiterer Prüfung nicht als gerechtfertigt angesehen werden können; auch bildete sie in jener Sache nicht den eigentlichen Entscheidungsgrund, sondern es kam nach Lage derselben damals nur darauf an, daß eine Zustellung von Anwalt zn Anwalt ohne Ausstellung eines solchen Empfangsbekenntnisses nicht perfekt werden könne, wie dies in einem anderen, inzwischen ergangenen Urtheile des I. Civilsenates (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 8 S. 332 ff.) des weiteren ausgeführt ist. Zum Zwecke des Beweises darf daher das schriftliche Zeugniß des zustellenden Anwaltes, welches von dem Gegner als ein seinem Anwalte eingehändigtes vorgelegt wird, als dem in § 181 Abs. 2 C. P. O. erwähnten Empfangsbekenntnisse, welches die zustellende Seite entgegengenommen hat und dem Gerichte vorlegt, an sich gleichwerthig angesehen werden, da anzuerkennen ist, daß durch die Wortfassung der angeführten Gesetzesbestimmung andere Beweismittel nicht ausgeschlossen werden. Weil aber doch an dem Erfordernisse, daß der Anwalt, an den die Zustellung bewirkt sein soll, sein Einverständniß mittels des in jenem § 181 Abs. 2 erwähnten Empfangsbekenntnisses erkennbar gemacht haben müsse, festzuhalten ist — obwohl auch dieses Erforderniß im Gesetze keinen ganz präzisen Ausdruck gefunden hat —, so könnte man bezweifeln, ob auch die Beobachtung dieser nothwendigen Form der Zustellung von Anwalt zu Anwalt durch das einfache Zeugniß des zustellenden Anwaltes, daß er dem gegnerischen Anwalte zugestellt habe, genügend dargethan werde. Indessen kann angenommen werden, daß, wenn eine „Zustellung" von Anwalt zu Anwalt glaubwürdig bezeugt vorliegt, man bis auf weiteres auch die Beobachtung der gesetzlich erforderlichen Förmlichkeiten, ohne welche es sich um gar keine „Zustellung" im Rechtssinne handeln könnte, voraussetzen dürfe. Damit ist im Ergebnisse der bei Seuffert, Archiv Bd. 37 Nr. 150 abgedruckten Entscheidung des V. Civilsenates des Reichsgerichtes beigetreten. (R. G. 18. II. 85.) R. C. XIV. (99.) 349. 350.

11. **Die Behauptung, daß das niedergeschriebene Datum des Empfangsbekenntnisses bei einer Urtheilszustellung von Anwalt zu Anwalt einen Tag bezeichne, welcher in eine frühere Zeit falle als der Zeitpunkt, in welchem der Aussteller des Empfangsbekenntnisses überhaupt Kenntniß von der Zustellungsofferte erhalten hatte, ist beweiswürdig, wenn es sich um die Frage handelt, ob die Berufungsfrist von dem Datum des Empfangsbekenntnisses zu laufen angefangen habe.** Die Civilprozeßordnung bestimmt in § 202 Abs. 1, daß Nothfristen durch Vereinbarung der Parteien weder verlängert noch abgekürzt werden können; in § 477, daß die einen Monat betragende Berufungsfrist eine Nothfrist ist und mit der Zustellung des Urtheiles erster Instanz beginnt; in § 497 a. a. O., daß das Berufungsgericht von Amts wegen zu prüfen hat, ob die Berufung in der gesetzlichen Frist eingelegt sei. Den Parteien und Parteivertretern steht hinsichtlich des Zeitpunktes, mit welchem die Berufungsfrist zu laufen anfängt, kein willkürliches Feststellungsrecht zu. Dieser Zeitpunkt ist vielmehr gegeben mit

Digitized by Google

der (den objektiven Normen der Zeitrechnung unterliegenden) Thatsache des vollkommenen Abschlusses des prozessualen Aktes der Zustellung. Nach § 162 C. P. O. muß diese Zustellung erfolgen an den für die erste Instanz zum Prozeßbevollmächtigten bestellten Anwalt. Nach der Rechtsanwaltsordnung stehen letzterem in dieser Beziehung gleich, dessen (nach § 25) bestellter ständiger Stellvertreter und, wenn der Anwalt nicht an dem Orte des Prozeßgerichtes, bei welchem er zugelassen ist, wohnt, der von ihm nach § 19 a. a. O. bei jenem Gerichte bestellte, an dem Orte des Gerichtes wohnhafte, ständige Zustellungsbevollmächtigte. Wird die Urtheilszustellung gemäß §§ 152. 176 C. P. O. durch den Gerichtsvollzieher oder durch die Post (nicht etwa als bloßen Werkzeugen des Ueberbringens, sondern als kraft Gesetzes, unter Aufnahme der Zustellungsurkunde nach § 173 C. P. O., amtlich fungirenden Zustellungsbehörden) vollzogen, so kann die für den Beginn des Laufes der Berufungsfrist kritische Perfektion des prozessualen Aktes der Urtheilszustellung unter den Voraussetzungen der §§ 166. 167. 168 Abs. 2 C. P. O. *ohne Willen* des prozeßbevollmächtigten Anwaltes, bezw. seines ständigen Stellvertreters oder Zustellungsbevollmächtigten existent werden. In dem Falle des § 170 C. P. O. kann solches sogar *wider* Willen derjenigen Personen, denen zugestellt werden soll, geschehen. Dagegen findet eine solche Perfektion des prozessualen Aktes der Urtheilszustellung ohne oder wider Willen des Prozeßbevollmächtigten, bezw. seines ständigen Stellvertreters oder Zustellungsbevollmächtigten, welchem das Urtheil zugestellt werden soll, *nicht* statt bei der *Zustellung von Anwalt zu Anwalt*. Die Fassung des § 181 C. P. O. in Verbindung mit der Entstehungsgeschichte desselben (vgl. Motive zu den §§ 118—141 der hannoverschen Prozeßordnung von 1850; Protokoll der 66. Sitzung der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund; die Begründung zu den §§ 146. 149 und zu dem § 169 des Entwurfes einer deutschen Civilprozeßordnung von 1872 S. 179 und 194; die Begründung zu den §§ 146. 169 und zu § 174 des Entwurfes einer Civilprozeßordnung von 1874), ergibt schlagend, daß nach dem Gesetzeswillen die Zustellung von Anwalt zu Anwalt, als maßgebender Prozeßakt, keinesfalls für perfekt erachtet werden kann vor der, durchaus der freien Entschließung desselben überlassenen Willensäußerung des prozeßbevollmächtigten Anwaltes, welchem zugestellt werden soll, das betreffende ihm zum Empfange, als ein ihm im Wege der Zustellung von Anwalt zu Anwalt zugestelltes, angebotene Schriftstück dieser Offerte entsprechend anzunehmen. Durch die Rechtsanwaltsordnung sind nur der ständige Stellvertreter im Sinne des § 25 und der ständige Zustellungsbevollmächtigte im Sinne des § 19 R. A. O. dem prozeßbevollmächtigten Anwalt selbst in dieser Beziehung gleichgestellt; der erstere, weil er überhaupt die Stelle des Anwaltes vertritt, der letztere in Folge der positiven Bestimmung des zweiten Absatzes im § 19 a. a. O. Die Entstehungsgeschichte letzterer Bestimmung, welche lautet: „An den Zustellungsbevollmächtigten kann *auch* die Zustellung von *Anwalt zu Anwalt*, wie an den Rechtsanwalt selbst, erfolgen", zeigt, daß die gesetzgebenden Faktoren sich bewußt gewesen sind, wie (in Ermangelung dieser besonderen Vorschrift in Bezug auf die Zu-

Digitized by Google

stellung von Anwalt zu Anwalt) diese Art der Zustellung an den ständigen Zustellungsbevollmächtigten des Anwaltes im Sinne des § 19 Abs. 1 a. a. O. nicht hätte bewirkt werden dürfen. (Vgl. den Abänderungsantrag des Dr. Wolffson zum § 16 des Entwurfes einer Rechtsanwaltsordnung, den Bericht der 6. Kommission des Reichstages über den Entwurf einer Rechtsanwaltsordnung, Nr. 5 der Drucksachen der 3. Legislaturperiode des Deutschen Reichstages 2. Session 1878 S. 22; den § 16 a nach dem Beschlusse der Kommission; den stenographischen Bericht über die 46. Sitzung des Reichstages vom 11. Mai 1878 S. 1264 und über die 53. Sitzung des Reichstages vom 21. Mai 1878 S. 1467.) Aus den entwickelten Gesichtspunkten **folgt, daß der prozessuale Akt der Zustellung von Anwalt zu Anwalt keinesfalls früher perfekt werden kann, als mit dem Augenblicke, in welchem der Gewahrsam des zuzustellenden Schriftstückes und die Willensäußerung des Anwaltes, welchem zugestellt wird, bezw. seines ständigen Stellvertreters im Sinne des § 25 oder seines ständigen Zustellungsbevollmächtigten im Sinne des § 19 R. A. O., die Offerte der Zustellung jenes Schriftstückes von Anwalt zu Anwalt zu acceptiren, existent geworden sind.** Erst mit diesem Augenblick ist die Sachlage geschaffen, in welcher der Anwalt, welchem zugestellt wird, seine Rechte und Pflichten als Prozeßbevollmächtigter in Bezug auf die von der Zustellung abhängigen Prozeßakte bethätigen kann. **Die Acceptation der konkreten Zustellungsofferte, auf welche letztere es ankommt, kann nun nach dem Wesen der Willensthätigkeit von dem Anwalte, welchem zugestellt werden soll, nicht früher erklärt werden, als bis er sich dieser konkreten Offerte bewußt geworden, sein Wille durch diese Offerte zum entsprechenden Entgegenkommen angeregt ist.** Im Sinne der Civilprozeßordnung ist der Anwalt, welchem von Anwalt zu Anwalt zugestellt wird, bei der Ausstellung seines in § 181 C. P. O. verordneten Empfangsbekenntnisses in Bezug auf den durch dieses Bekenntniß nachzuweisenden Zeitpunkt des Zustellungsaktes lediglich ein den wirklichen Zeitpunkt einer von ihm erlebten Thatsache durch Zeugnißurkunde bekundender (dadurch eine in der Civilprozeßordnung bestimmte gesetzliche Pflicht erfüllender) Funktionär. **Es ist nach dem ersichtlichen Willen des Gesetzes die Pflicht jenes Anwalts, das Datum des Empfangsbekenntnisses dem wirklichen Zeitpunkte der Perfektion des Zustellungsaktes entsprechend zu schreiben, sodaß der Inhalt der Zeugnißurkunde mit dem wirklichen Sachverhalte übereinstimmt.** Versieht der Anwalt das Empfangsbekenntniß mit einem Datum, mit welchem in Wirklichkeit ein vor dem Zeitpunkte seiner Kenntnißerlangung von der Offerte der Zustellung von Anwalt zu Anwalt fallender Tag bezeichnet wird, so ist die Thatsache des Zeitpunktes der Verwirklichung des Zustellungsaktes in der Zeugnißurkunde unrichtig bezeugt, mag nun jener Anwalt das Datum des Empfangsbekenntnisses im Bewußtsein der Pflichtverletzung oder in gutem Glauben aus einer durch Rechtsirrthum veranlaßten falschen Vorstellung von den Voraussetzungen der Existenz der zu bezeugenden Thatsache absichtlich geschrieben haben, oder mag derselbe beabsichtigt haben, den wirklichen Tag der nach richtigem Verständnisse des Gesetzes eingetretenen Perfektion des Zustellungsaktes niederzuschreiben und sich dabei in Bezug auf die Identität des von ihm schriftlich verzeichneten Datums des Empfangsbekenntnisses mit dem wirklichen Tage der Per-

Digitized by Google

fektion des Zustellungsaktes thatsächlich geirrt haben. (R. G. 27. IX. 82.) R. C. VIII. (89.) 328—335. A. VI. (104.) 477—481.

12. **Die schriftliche Bescheinigung, durch welche ein Anwalt bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt sich zum Empfange des zugestellten Schriftstücks bekennt, ist eine Zeugnißurkunde, welche hinsichtlich ihrer Beweiskraft durch § 181 Abs. 2 C. P. O. einer öffentlichen Urkunde gleichgestellt und somit nach den Vorschriften des § 383 zu beurtheilen ist.** Nach Inhalt dieser Vorschriften wird durch das Empfangsbekenntniß des Anwaltes voller Beweis der darin bezeugten Zustellung begründet, es ist aber der Beweis der Unrichtigkeit dieser Thatsache zulässig. Dieser Gegenbeweis hat sich nur darauf zu erstrecken, daß die Zustellung nicht stattgefunden habe; ein Nachweis des Motives, welches den Anwalt zur Ausstellung des unrichtigen Empfangsbekenntnisses veranlaßt hat, ist nicht nothwendig. (R. G. 30. X. 85.) R. C. XV. (98.) 374.

13. **Den §§ 181 und 381 der C. P. O. gegenüber ist der Gegenbeweis** (daß die betreffende Erklärung durch Irrthum herbeigeführt worden sei) **nicht ausgeschlossen.** (R. G. 4. IV. 82.) A. V. (115.) 458—460.

14. **Ein Schreibfehler, welcher in einem gemäß § 181 Abs. 2 C. P. O. von einem Anwalte aufgestellten Empfangsbekenntnisse unterlaufen ist, kann berichtigt werden,** wie dies auch hinsichtlich der vom Zustellungsbeamten ausgestellten Urkunden zugelassen wird. Wenn es sich um das *Datum* handelt, so muß die Berichtigung in der Feststellung bestehen, daß anstatt des wirklich geschriebenen Tages ein anderer *bestimmter* Tag habe geschrieben werden sollen und wollen. Hiervon ist aber *die* Feststellung verschieden, daß die Zustellung an den Anwalt an *irgend einem* Tage vor Zustellung erfolgt sei. Das Gesetz erfordert, wenn die Zustellung von Anwalt zu Anwalt geschieht, zum Nachweise der Zustellung, wie durch das Wort „genügt" ausgedrückt wird, zum *mindesten* ein mit *Datum* und Unterschrift versehenes Empfangsbekenntniß des Anwaltes, welchem zugestellt ist. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 5 Nr. 118 S. 414.) — (R. G. 17. III. 85.) R. C. XIII. (95.) 366. 367.

15. **Das Empfangsbekenntniß des Anwalts braucht nicht auf die Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks gesetzt zu werden.** Es ergibt sich dies schon aus § 173 der R. C. P. O. Der § 181 schreibt aber nicht einmal eine Verbindung beider Schriftstücke, wie § 173 vor. Urtheil des Reichsgerichts vom 11. Juni 1881. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 300 S. 468.

16. **Unzulässigkeit des Uebereinkommens der Anwälte, auf die wirkliche Zustellung einer Urtheilsabschrift zu verzichten.** Das Gesetz knüpft z. B. den Beginn der Rev.-Frist an die Zustellung des Urtheils, d. i. an die thatsächlich und in den gesetzlichen Formen vollzogene Zustellung, und erklärt eine vor Zustellung des Urtheils erfolgte Einlegung der Revision für wirkungslos (§ 514); dasselbe legt dem Gericht die Pflicht auf, von Amts wegen zu prüfen, ob die Rev.-Frist eingehalten sei (§§ 497. 529) und läßt eine Verlängerung oder Verkürzung dieser Frist durch Vereinbarung der Parteien nicht zu. Bei diesen Gesetzesbestimmungen kann ein Uebereinkommen der Parteien, nach welchen die Rev.-Frist durch einen anderen Akt als durch eine in der gesetzlichen Form vollzogene Zustellung — nämlich durch die Vereinbarung einer Fiktion der Zustellung — in

Digitized by Google

Lauf gesetzt werden soll, keinen Anspruch auf Rechtswirksamkeit erheben (vgl. Entsch. des R. G. Bd. 8 Nr. 89 S. 331). Urtheil des Reichsgerichts vom 30. Oktober 1885. R. A. 1886 bes. Beil. 1 S. 1 ff. S. A. XLI. bezw. XI. (232.) 362. 363.

17. Auf Grund des § 181 C. P. O. muß, wenn die Zustellung von Anwalt zu Anwalt erfolgt ist, **das dem Abs. 2 des § 181 entsprechende Empfangsbekenntniß dem Berufungsgerichte genügen, solange dasselbe nicht von einer Partei angefochten wird.** (R. G. 12. VII. 82.) R. C. VII. (115. 373. A. VI. (56.) 237. (R. C. IX. (118.) 412—414.)

18. **Bei der Zustellung der Berufungsschrift von Anwalt zu Anwalt hat der Berufungsrichter auch die Legalität der Form der Zustellung von Amts wegen nicht zu prüfen, wenn ein Empfangsbekenntniß des gegnerischen Anwaltes vorliegt.** (R. G. 13. X. 82.) R. C. IX. (118.) 412.

II. Im Auslande.

§ 182. **§ 182.**

Eine im Auslande zu bewirkende Zustellung erfolgt mittels Ersuchens der zuständigen Behörde des fremden Staates oder des in diesem Staate residirenden Konsuls oder Gesandten des Reichs.

§§ 740, 743, 767. Kons. G. v. 8. 11. 67. § 19. Allg. Verf., betr. die im Auslande zu bewirkende Zustellungen v. 3. 9. 80, in Oesterreich v. 12. 7. 81.

§ 183. **§ 183.**

Zustellungen an Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen, erfolgen, wenn dieselben zur Mission des Reichs gehören, mittels Ersuchen des Reichskanzlers; wenn dieselben zur Mission eines Bundesstaates gehören, mittels Ersuchens des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten dieses Bundesstaates.

Zustellungen an die Vorsteher der Reichskonsulate erfolgen mittels Ersuchen des Reichskanzlers.

G. V. G. §§ 18—21.

§ 184. **§ 184.**

Zustellungen an Personen, welche zu einem im Auslande befindlichen oder zu einem mobilen Truppentheile oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören, können mittels Ersuchens der vorgesetzten Kommandobehörde erfolgen.

§ 158 R. Militär-G. v. 2. 5. 74. Mil. Str. G. B. v. 20. 6. 72 §§ 9, 19.

§ 185. **§ 185.**

Die erforderlichen Ersuchungsschreiben werden von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts erlassen.

Die Zustellung wird durch das schriftliche Zeugniß der ersuchten Behörden oder Beamten, daß die Zustellung erfolgt sei, nachgewiesen.

III. Oeffentliche Zustellung.

§ 186. **§ 186.**

Ist der Aufenthalt einer Partei unbekannt, so kann die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen.

Die öffentliche Zustellung ist auch dann zulässig, wenn bei einer im Auslande zu bewirkenden Zustellung die Befolgung der für diese bestehenden Vorschriften unausführbar ist oder keinen Erfolg verspricht.

§ 187. **§ 187.**

Die öffentliche Zustellung wird, nachdem sie auf ein Gesuch der Partei vom Prozeßgerichte bewilligt ist, durch den Gerichtsschreiber von Amtswegen besorgt. Die

Digitized by Google

Entscheidung über das Gesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden.

§ 825.

Die öffentliche Zustellung erfolgt durch Anheftung einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks an die Gerichtstafel. Enthält das Schriftstück eine Ladung, so ist außerdem die zweimalige Einrückung eines Auszugs des Schriftstücks in dasjenige Blatt, welches für den Sitz des Prozeßgerichts zur Veröffentlichung der amtlichen Bekanntmachungen bestimmt ist, sowie die einmalige Einrückung des Auszugs in den Deutschen Reichsanzeiger erforderlich.

§ 842.

Das Prozeßgericht kann anordnen, daß der Auszug noch in andere Blätter und zu mehreren Malen eingerückt werde.

Konk. O. § 68.

1. Wenn es sich um die Bewirkung einer Zustellung handelt, erscheint als Prozeßgericht im Sinn des § 187 der C. P. O. dasjenige Gericht, bei welchem ein Rechtsstreit anhängig ist oder bei welchem er mittels der Zustellung anhängig werden soll. **Wie es daher keinem Zweifel unterliegt, daß, sofern es sich nur um die öffentliche Zustellung der Ber.-Schrift handelt, die Bewilligung der öffentlichen Zustellung dem Ber.-Gericht zukommt, so kann auch dessen Zuständigkeit nicht beanstandet werden, sofern zur wirksamen Einlegung der Berufung auch die Bewilligung der öffentlichen Zustellung des angefochtenen Urtheils nachgesucht wird.** Der Umstand, daß das Urtheil, dessen öffentliche Zustellung in Frage steht, nicht von dem Ber.-Ger., sondern von dem Untergericht erlassen wurde, schließt, soweit es sich um eine gleichzeitige Zustellung des Urtheils mit der Ber.-Schrift handelt, die Eigenschaft des Ber.-Ger. als Prozeßgericht nicht aus. Wie der für die Ber.-Instanz bestellte Anwalt nicht bloß zur Einlegung der Berufung, sondern auch zur unmittelbaren Bewirkung der nach § 477 der C. P. O. erforderlichen gleichzeitigen Zustellung des erstinstanzlichen Urtheils zuständig ist, so erscheint es entsprechend, daß das Ber.-Ger. nicht bloß zur Bewilligung der öffentlichen Zustellung der Ber.-Schrift, sondern auch zur Bewilligung der gleichzeitigen öffentlichen Zustellung des erstinstanzlichen Urtheils zuständig ist. Beschluß des Reichsgerichts v. 29. Sept. 1885. R. A. 1885 bes. Beil. 8 S. 411. S. A. XLI. bezw. XI. (298.) 445. 446.

2. **In Fällen, wo das anzufechtende Urtheil zugleich mit der Berufungsschrift öffentlich zugestellt werden soll (§ 477 C. P. O.), ist das Berufungsgericht zuständig, beide Zustellungen zu bewilligen.** S. hierüber bei § 477 ad (R. G. 29. IX. 85.) R. C. XV. (91.) 347.

§ 188.

§ 188.

In dem Auszuge des Schriftstücks müssen das Prozeßgericht, die Parteien, der Gegenstand des Prozesses, der Antrag, der Zweck der Ladung und die Zeit, zu welcher der Geladene erscheinen soll, bezeichnet werden.

§ 189.

§ 189.

Das eine Ladung enthaltende Schriftstück gilt als an dem Tage zugestellt, an welchem seit der letzten Einrückung des Auszugs in die öffentlichen Blätter ein Monat verstrichen ist. Das Prozeßgericht kann bei Bewilligung der öffentlichen Zustellung den Ablauf einer längeren Frist für erforderlich erklären.

§ 304.

Enthält das Schriftstück keine Ladung, so ist dasselbe als zugestellt anzusehen, wenn seit der Anheftung des Schriftstücks an die Gerichtstafel zwei Wochen verstrichen sind.

Digitized by Google

Auf die Gültigkeit der Zustellung hat es keinen Einfluß, wenn das anzuheftende Schriftstück von dem Orte der Anheftung zu früh entfernt wird.

§ 190. **§ 190.**

Wird auf ein Gesuch, welches die Zustellung eines demselben beigefügten Schriftstücks mittels Ersuchens anderer Behörden oder Beamten oder mittels öffentlicher Bekanntmachung betrifft, die Zustellung demnächst bewirkt, so treten, insoweit durch die Zustellung eine Frist gewahrt und der Lauf der Verjährung oder einer Frist unterbrochen wird, die Wirkungen der Zustellung bereits mit der Ueberreichung des Gesuchs ein.

§ 239.

Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 190 sind, durch die Zustellung eine Frist zu wahren oder den Lauf der Verjährung oder einer Frist zu unterbrechen. (R. G. 1. VI. 80.) R. C. I. (157.) 436. A. II. (40.) 201—203.

Dritter Titel.

Ladungen, Termine und Fristen.

I. Ladungen.

§ 191. **§ 191.**

Die Ladung zu einem Termin erfolgt durch die Partei, welche über die Hauptsache oder über einen Zwischenstreit mündlich verhandeln will.

Ist mit der Ladung zugleich eine Klageschrift oder ein anderer Schriftsatz zuzustellen, so ist die Ladung in den Schriftsatz aufzunehmen.

Ueber den Begriff **„Ladung"** s. § 230 ad S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 62 S. 98. 99.

§ 192. **§ 192.**

In Anwaltsprozessen muß die Ladung zur mündlichen Verhandlung, insofern die Zustellung nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt, die Aufforderung an den Gegner enthalten, einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen.

§ 193. **§ 193.**

Die Ladung ist zum Zwecke der Terminsbestimmung bei dem Gerichtsschreiber einzureichen.

Die Bestimmung der Termine erfolgt binnen vierundzwanzig Stunden durch den Vorsitzenden.

Auf Sonntage und allgemeine Feiertage sind Termine nur in Nothfällen anzuberaumen.

1. **Muß die Terminsbestimmung des Vorsitzenden des Gerichts den Zweck des Termins angeben?** Es ist Sache der Partei, den Zweck, zu welchem sie die Gegenpartei vor das Prozeßgericht ladet, derselben bekannt zu geben. Es ist der bezügliche Ladungswille daher in der Ladung selbst zum Ausdruck zu bringen und letztere nach § 193 der C. P. O. nur „zum Zweck der Terminsbestimmung", also lediglich zur Festsetzung der Zeit, zu welcher die Prozeßhandlung, zu deren Vornahme geladen wird, vor dem Gericht vorgenommen werden soll, bei dem Gerichtsschreiber einzureichen. Demnach hat der Vorsitzende nichts weiter zu thun, als Tag und Stunde für den in der Ladung ausgebrachten Termin auf derselben zu notiren, die Ladung mit Terminsnote zu versehen. (Vgl. auch Entsch. des R. G. Bd. 2 S. 398.) Beschluß des O. L. G. zu Jena (1. Sen.) v. 3. Nov. 1884. Blätter f. Rechtspflege in Thüringen ꝛc. Bd. 32 S. 251 ff. u. S. A. XLI. bezw. XI. (64.) 98. 99.

Digitized by Google

2. **Aufhebung der Verfügung eines Senatspräsidenten beim O. L. G., durch welche die beantragte Ansetzung eines neuen Termins zur Zeit abgelehnt wurde.** (R. G. 16. V. 85.) U. u. A. II. (99.) 202.

3. Ein Verstoß gegen § 193 al. 2 bildet keinen Revisionsgrund. Entsch. des R. G. v. 15/11. 80.

§ 194.

§ 194.

Die Frist, welche in einer anhängigen Sache zwischen der Zustellung der Ladung und dem Terminstage liegen soll (Ladungsfrist), beträgt in Anwaltsprozessen mindestens eine Woche, in anderen Prozessen mindestens drei Tage, in Meß- und Marktsachen mindestens vierundzwanzig Stunden.

§§ 202 Abs. 2, 204, 205, Abs. 2, 245, Abs. 2, 267.

§ 195.

§ 195.

Zu Terminen, welche in verkündeten Entscheidungen bestimmt sind, ist eine Ladung der Parteien nicht erforderlich.

Ausnahmen: §§ 300 Abs. 2, 302, 316 Abs. 1, 578 Abs. 2, 611, 624, 626.

II. Termine.

§ 196.

§ 196.

Die Termine werden an der Gerichtsstelle abgehalten, sofern nicht die Einnahme eines Augenscheins an Ort und Stelle, die Verhandlung mit einer am Erscheinen vor Gericht verhinderten Person oder eine sonstige Handlung erforderlich ist, welche an der Gerichtsstelle nicht vorgenommen werden kann.

Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie die Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern sind nicht verpflichtet, persönlich an der Gerichtsstelle zu erscheinen.

§§ 340, 441. E. G. § 5. E. G. z. G. V. G. § 5.

Der § 196 schreibt ausdrücklich vor, daß die Termine an der Gerichtsstelle abzuhalten sind, und läßt nur bestimmte **Ausnahmen** zu, und zwar nicht aus Rücksichten **der bloßen Zweckmäßigkeit.** (R. G. 20. XI. 84.) R. St. XI. (103.) 353. 354. R. A. VI. (291.) 749 f.

§ 197.

§ 197.

Der Termin beginnt mit dem Aufrufe der Sache.

Der Termin ist von einer Partei versäumt, wenn sie bis zum Schlusse desselben nicht verhandelt.

III. Fristen.

§ 198.

§ 198.

Der Lauf einer richterlichen Frist beginnt, sofern nicht bei Festsetzung derselben ein Anderes bestimmt wird, mit der Zustellung des Schriftstücks, in welchem die Frist festgesetzt ist, und, wenn es einer solchen Zustellung nicht bedarf, mit der Verkündung der Frist.

Der Lauf einer gesetzlichen oder richterlichen Frist, deren Beginn von einer Zustellung abhängig ist, beginnt mit dieser auch gegen diejenige Partei, welche die Zustellung hat bewirken lassen.

Die vom Tage der Zustellung an zu berechnende Frist läuft der Partei, der ein Rechtsanwalt (nach § 19 der R. Anw. O.) **als Zustellungsbevollmächtigter bestellt worden ist, vom Tage der Zustellung an den Anwalt, nicht erst von Zeit der Mittheilung an die Partei an.** Es kann nicht dem Belieben des Zustellungsbevollmächtigten überlassen sein, durch Unterlassung oder Verschiebung der Mittheilung der ihm behändigten Verfügung an den Vollmachtgeber den Beginn der Frist zu vereiteln oder zu ver-

Digitized by Google

zögern. Nur der Tag der Zustellung an den Zustellungsbevollmächtigten, nicht aber die Zeit der Mittheilung an den Vollmachtgeber durch dessen Bevollmächtigten kann von dem Zustellungsbeamten auf Grund eigener Wissenschaft beurkundet und hiermit für das Gericht und die Parteien festgestellt werden. (R. G. 16. IV. 81.) A. III. (177.) 629. 630.

§ 199. **§ 199.**

Bei der Berechnung einer Frist, welche nach Tagen bestimmt ist, wird der Tag nicht mitgerechnet, auf welchen der Zeitpunkt oder das Ereigniß fällt, nach welchem der Anfang der Frist sich richten soll.

Wechs. O. Art. 32, 92. H. G. B. Art. 328, 329.

Während für das gemeine Recht auf Grund der Quellen überwiegend angenommen wird, daß der Tag, an welchem das eine Frist in Lauf setzende Ereigniß stattgefunden hat, in die Frist einzurechnen sei, haben die neueren Gesetzgebungen das entgegengesetzte Prinzip befolgt. (R. G. 8. II. 84.) R. C. XI. (12.) 45 ff.

§ 200. **§ 200.**

Eine Frist, welche nach Wochen oder Monaten bestimmt ist, endigt mit Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Tage entspricht, an welchem die Frist begonnen hat; fehlt dieser Tag in dem letzten Monate, so endigt die Frist mit Ablauf des letzten Tages dieses Monats.

Fällt das Ende einer Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so endigt die Frist mit Ablauf des nächstfolgenden Werktages.

1. **Der § 200 der C. P. O. bezieht sich nur auf prozessualische Fristen,** auf Fristen, die in einem laufenden Prozeßverfahren zur Anwendung kommen, oder doch in Beziehung zu einem Prozeßverfahren stehen. Das ergibt sich schon daraus, daß die §§ 191—207 C. P. O., welche von „Ladungen, Terminen und Fristen" handeln, in dem Abschnitte des ersten Buches „Vom Verfahren" enthalten sind. Die Motive zur Civilprozeßordnung ergeben aber auch zweifellos, daß der Gesetzgeber in der Civilprozeßordnung nur die Absicht gehabt hat, Bestimmungen über prozessualische Fristen in dem obengedachten Sinne zu treffen. Die Motive führen nämlich zu § 194 (§ 187 des Entwurfes) die verschiedenen Arten von Fristen auf, welche in der Civilprozeßordnung vorkommen. (Die sechsmonatliche Frist des § 26 K. O. ist z. B. keine prozessualische.) (R. G. 9. XI. 86.) R. C. XVII. (79.) 330. 331.

2. Nach der allgemeinen Fassung wie nach dem Grunde des Gesetzes **erstreckt sich die Bestimmung des § 200 auf alle Arten von Fristen, also auch auf solche, welche nach Stunden bestimmt sind.** Daß diese Bestimmung nicht nur auf Fristen, welche nach Wochen oder Monaten bestimmt sind, sondern gleichfalls auf Fristen, welche nach Jahren oder Tagen bestimmt sind, Anwendung findet, wird allgemein angenommen (vgl. die Kommentare von Petersen, Endemann, Gaupp, Hellmann, Seuffert, Struckmann und Koch, Wilmowsky und Levy zu § 200). Beschluß des O. L. G. zu Hamburg v. 13. März 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (233.) 363.

§ 201. **§ 201.**

Der Lauf einer Frist wird durch die Gerichtsferien gehemmt. Der noch übrige Theil der Frist beginnt mit dem Ende der Ferien zu laufen. Fällt der Anfang der Frist in die Ferien, so beginnt der Lauf der Frist mit dem Ende derselben.

Digitized by Google

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf Nothfristen und Fristen in Feriensachen keine Anwendung.

Nothfristen sind nur diejenigen Fristen, welche in diesem Gesetz als solche bezeichnet werden.

G. V. G. §§ 201 ff.

Abkürzung und Verlängerung der Fristen.

§ 202.

§ 202.

Durch Vereinbarung der Parteien können Fristen, mit Ausnahme der Nothfristen, verlängert oder abgekürzt werden.

Auf Antrag können richterliche und gesetzliche Fristen abgekürzt oder verlängert werden, wenn erhebliche Gründe glaubhaft gemacht sind; gesetzliche Fristen jedoch nur in den besonders bestimmten Fällen.

Im Falle der Verlängerung wird die neue Frist von dem Ablaufe der vorigen Frist an berechnet, wenn nicht im einzelnen Falle ein Anderes bestimmt ist.

§ 203.

§ 203.

Ueber das Gesuch um Abkürzung oder Verlängerung einer Frist kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden.

Die Abkürzung oder wiederholte Verlängerung darf nur nach vorgängigem Gehör des Gegners bewilligt werden.

Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen das Gesuch um Verlängerung einer Frist zurückgewiesen ist, findet nicht statt.

H. G. V. Art. 333.

Nirgends ist in einem Gesetz eine Beschwerde gegen Unterlassung der Verlängerung einer Frist von Amtswegen zugelassen, und zwar dies um so weniger, als nach § 203 Abs. 3 der C.P.O. sogar die ausdrückliche Verwerfung eines Gesuchs um Verlängerung einer Frist keiner Beschwerde Raum gibt. Beschluß des Reichsgerichts (1. Sen.) vom 21. Sept. 1885. S. A. XLI bezw. XI (75) 116.

§ 204.

§ 204.

Einlassungsfristen, Ladungsfristen, sowie diejenigen Fristen, welche für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze bestimmt sind, können auf Antrag abgekürzt werden.

Die Abkürzung der Einlassungs- und der Ladungsfristen wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß in Folge der Abkürzung die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze nicht vorbereitet werden kann.

Der Vorsitzende kann bei Bestimmung des Termins die Abkürzung ohne vorgängiges Gehör des Gegners und des sonst Betheiligten verfügen; diese Verfügung ist dem Betheiligten abschriftlich mitzutheilen.

§ 302.

Terminsverlegung.

§ 205.

§ 205.

Die Parteien können die Aufhebung eines Termines vereinbaren.

Wird die Verlegung eines Termins beantragt, so finden die Bestimmungen über Verlängerung einer Frist entsprechende Anwendung.

Gegen die Verlegung eines Termines oder die Vertagung einer Verhandlung gibt es keine Beschwerde. (R. G. 17. III. 84.) Siehe bei § 530 ad R. C. XV (119) 422.

§ 206.

§ 206.

Die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung und die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung kann auch von Amtswegen erfolgen.

Sh. bei § 205. (R. G. 17. III. 84.) Siehe auch noch bei § 530 ad R. C. XV. (119.) 422.

Digitized by Google

§ 207. **§ 207.**

Die in diesem Titel dem Gericht und dem Vorsitzenden beigelegten Befugnisse stehen dem beauftragten oder ersuchten Richter in Bezug auf die von diesen zu bestimmenden Termine und Fristen zu.

Vierter Titel.

Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. (§§ 208—216.)

Folgen der Versäumung.

§ 208. **§ 208.**

Die Versäumung einer Prozeßhandlung hat zur allgemeinen Folge, daß die Partei mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung ausgeschlossen wird.

Besondere Folgen: Präjudiz der Annahme eines Zugeständnisses §§ 129, 296, des Anerkennens einer Urkunde §§ 396, 404, Genehmigung § 84, Verzicht auf das Klagerecht § 295, Verweigerung eines Eides §§ 417, 429, 430 u. a.

Haftbarkeit des eine Partei als Prozeßbevollmächtigter vertretenden Rechtsanwaltes für den durch Versäumung einer Frist entstandenen Schaden. (R. G. 9. X. 83.) A. VIII. (139.) 510. 511. R. C. X. (40.) 136 ff.

§ 209. **§ 209.**

Einer Androhung der gesetzlichen Folgen der Versäumung bedarf es nicht; dieselben treten von selbst ein, sofern nicht dieses Gesetz einen auf Verwirklichung des Rechtsnachtheils gerichteten Antrag erfordert.

Im letzteren Falle kann, so lange nicht der Antrag gestellt und die mündliche Verhandlung über denselben geschlossen ist, die versäumte Prozeßhandlung nachgeholt werden.

§§ 295 ff., 312, 144, 217, 218, 223 Abs. 2, 318, 430, 504, 529, 563, 578, 611, 767.

Aufhebung der Folgen der Versäumung.

§ 210. **§ 210.**

Auf Grund der den Minderjährigen und den ihnen gleichgestellten Personen als solchen zustehenden Rechte findet die Aufhebung der Folgen einer Versäumung nicht statt.

Insofern die Aufhebung der Folgen einer unverschuldeten Versäumung zulässig ist, wird eine Versäumung, welche in der Verschuldung eines Vertreters ihren Grund hat, als eine unverschuldete nicht angesehen.

Abs. 2. Der Zustellungsbeamte ist nicht als Vertreter der Prozeßpartei im Sinne von Abs. 2 des § 210 C. P. O. anzusehen. Diese Bestimmung beruht inhaltlich der Motive zum § 210 (§ 203 Entw.) auf dem Prinzipe, daß Handlungen und Unterlassungen der Vertreter als Handlungen und Unterlassungen der Partei gelten, und die prozessualen Verbindlichkeiten beider für alle Regelfälle solidarisch sein sollen. Besonders hervorgehoben wurde dieser Satz, der sich nach den Grundsätzen der Stellvertretung eigentlich von selbst verstand, deßhalb, weil nach einzelnen geltenden Prozeßrechten die Nachlässigkeit der Vertreter einen Restitutionsgrund bildete. **Der Ausdruck „Vertreter" soll die gesetzlichen Vertreter und die Stellvertreter umfassen.** Hieraus folgt aber, daß, dem Systeme des Gesetzes (§§ 77 ff.) entsprechend, die Bestimmung, durch welche hauptsächlich die sogenannte restitutio ex culpa advocati beseitigt werden sollte, nur für Vertreter im eigentlichen Sinne gegeben ist also für Personen, welche bezüglich der Prozeßführung an die Stelle der Partei getreten sind und einen selbstständigen, auf eigener Erwägung und

Digitized by Google

Verfügung beruhenden Einfluß auf Beginn und Fortgang des Prozesses üben. Hierzu gehören aber nicht solche Personen, deren Thätigkeit in bloßer Uebermittelung von Schriftstücken besteht, welche ihnen zu diesem Zwecke von der Partei bezw. von dem eigentlichen Vertreter derselben übergeben werden. — Diese Personen werden durch den ihnen ertheilten Auftrag nur Boten (nuntii) der Partei und der Parteivertreter, sie werden als öffentliche Beamte in Thätigkeit gesetzt, bezüglich welcher meistens der Partei nicht einmal eine Auswahl zusteht. — Dieser Auslegung des § 210 steht auch der § 213 nicht nur nicht entgegen, sondern sie wird vielmehr durch denselben bekräftigt. — Derselbe bildete keinen Theil des Entwurfes, sondern wurde von der Justizkommission des Reichstages hinzugefügt, und man kann nicht sagen, daß er überflüssig wäre, wenn sich der Abs. 2 des § 210 nicht auch auf die Zustellungsbeamten bezöge. Er beruht allerdings auf dem Prinzipe, daß das Verschulden dieser (Dritten) Personen der Partei nicht schaden solle; allein er hat und zwar vorzugsweise den Zweck, die Voraussetzung zu bestimmen, unter welcher der Partei selbst keine Nachlässigkeit vorgeworfen werden kann; er betrifft, wie sich der Regierungsvertreter in der 126. Sitzung (Prot. S. 666) äußerte, die eigene Diligenz der Partei; überdies schützt er nicht bloß gegen eine Nachlässigkeit dieser Zustellungsbeamten, sondern auch in dem Falle, wenn ohne deren Verschulden die Zustellung des rechtzeitig übergebenen Schriftstückes unterblieben ist. Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Paragraphen; — er trat an die Stelle eines ursprünglich zu § 194 (jetzt 201) angenommenen vierten Absatzes, wonach die Nothfrist schlechthin durch Uebergabe des zuzustellenden Schriftstückes an den Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber gewahrt und durch dessen Beurkundung (praesentatum) der Tag der Uebergabe festgestellt werden sollte. — Später wurde ein § 205a angenommen, dessen erste Ziffer unter gewissen Voraussetzungen eine restutio ex culpa advocati, dessen zweite Ziffer aber die Wiedereinsetzung gewähren sollte, wenn vor dem letzten Tage der Nothfrist das zur Wahrung derselben zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber zum Zwecke der Zustellung übergeben worden ist. Während nun die Ziffer 1 von Seiten der Regierung wiederholt als gegen das System des Gesetzes verstoßend bekämpft worden ist, wurde betreffs der Ziff. 2 anerkannt, daß sie einen bereits durch die Annahme des Amendementes zu § 194 adoptirten Gedanken in einer mit dem Systeme des Entwurfes übereinstimmenden Form wieder gebe (Prot. S. 124), und war der Zweifel dagegen nur der, ob der Partei nachgelassen werden dürfe, bis auf den letzten Moment zu warten. — Dieser Zweifel fand schließlich durch die jetzige Fristbestimmung seine Erledigung. (R. G. 25. V. 83.) R. C. X. (110.) 362—364.

§ 211.

§ 211.

Einer Partei, welche durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, eine Nothfrist einzuhalten, ist auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen.

Hat eine Partei die Einspruchsfrist versäumt, so ist ihr die Wiedereinsetzung auch dann zu ertheilen, wenn sie von der Zustellung des Versäumnißurtheils ohne ihr Verschulden keine Kenntniß erlangt hat.

§ 214. H. G. B. Art. 395.

Digitized by Google

1. Der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des § 211 C. P. O. ergeben, daß, wenn es einerseits die Absicht des Gesetzgebers war, die durch unverschuldete Versäumung der Nothfristen in manchen Fällen entstehenden Härten zu vermeiden, andererseits zur Verhütung von Mißbräuchen die Wiedereinsetzung nur innerhalb der fest gezogenen Grenzen bewilligt werden soll. (R. G. 28. IX. 80.) R. C. II. (124.) 425. A. II. (116.) 505. 506.

2. **Nicht schon der Mangel der Verschuldung begründet den Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Fristversäumung, sondern nur ein solches Hinderniß, welches auch bei Anwendung der größten Sorgfalt, wie solche nach den Umständen des Falles vernünftigerweise erwartet werden durfte, von der Partei bezw. ihrem Vertreter nicht beseitigt werden konnte.** (Vgl. Annalen Bd. III S. 532, Bd. VII S. 279; Entsch. Bd. III S. 421, 439; Bd. VIII S. 375.) (R. G. 4. VI. 85.) U. u. A. II. (197.) 429.

3. **Unter Naturereignissen und anderen unabwendbaren Zufällen,** welche § 211 Abs. 1 C. P. O. als Gründe für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Folgen von Nothfristversäumungen anerkennt, **versteht das Gesetz das nämliche, was Art. 395 H. G. B. unter „höherer Gewalt" begreift.** Ein mit der äußersten, nach Lage der Sache vernünftigerweise zu erwartenden Vorsicht weder ganz zu verhinderndes, noch unschädlich zu machendes Ereigniß (vgl. Entsch. des R. O. H. G.'s Bd. 2 Nr. 58 S. 259; Bd. 8 Nr. 6 S. 30; Nr. 41 S. 161) muß Ursache der Versäumung sein. Indem der Gesetzgeber dies als Regel hingestellt und da, wo das Versäumniß nicht durch höhere Gewalt, wenngleich ohne Schuld der Partei, eingetreten ist, bloß unter ganz besonderen Vorbedingungen (§ 211 Abs. 2. § 213 Abs. 1) die Wiedereinsetzung gestattet, hat eine strenge Beurtheilung der Wiedereinsetzungsanträge geboten, mißbräuchlicher Prozeßverschleppung vorgebeugt werden sollen. Daß in allen Fällen schon der „Mangel an Verschulden" zur Wiedereinsetzung genüge, bestimmt das Gesetz nicht; absichtlich nicht, „weil dieser Begriff leicht einer laxen Interpretation ausgesetzt ist" (Motive zu § 204 des Entwurfes, S. 460 der Kortkampf'schen Ausgabe). Allerdings hängt die Wahrung fast sämmtlicher Nothfristen, so namentlich der Berufungsfrist, davon ab, daß dem anderen Theil innerhalb der Frist ein Schriftsatz zugestellt wird, und das Gesetz nöthigt die Partei, sich dabei zumeist fremder, ihrer Aufsicht und Leitung nicht unterstehender Personen zu bedienen. Dieser Sachverhalt ist jedoch bei dem Erlasse der Civilprozeßordnung berücksichtigt worden. (R. G. 5. XI. 80.) R. C. II. (125.) 426. 427. A. III. (27.) 98. 99. (S. noch bei § 213 ad R. C. II. (125.) 427. 428, A. III. (27.) 99. 100; ferner (R. C. IV. (106.) 385. III. (128.) 440.)

4. **Der Begriff des unabwendbaren Zufalls im Sinne vom § 211 der R. C. P. O. ist gleichbedeutend mit dem der höheren Gewalt des Art. 395 des H. G. B.** (R. G. 28. IX. 80.) A. II. (116.) 505. 506. R. C. II. (124.) 424. 425.

5. Unter einem **„unabwendbaren Zufalle"** kann nur ein solches Hinderniß verstanden werden, welches zufällig, d. h. ohne Schuld der Partei entstanden, und unabwendbar ist, d. h. durch die Thätigkeit der Partei nicht beseitigt werden kann. Bei der Prüfung, ob ein solches Hinderniß vorliegt, ist

Digitized by Google

sonach zunächst dessen objektive Beschaffenheit zu untersuchen. Ergibt sich dabei, daß trotz entsprechender Diligenz der Partei die Nothfrist nicht hätte eingehalten werden können, so kommt es auf das Verhalten der Partei überhaupt nicht mehr an, weil dasselbe in keinem ursachlichen Zusammenhange steht zur Versäumung der Frist. (R. G. 20. I. 83.) R. C. VIII. (112.) 375—377. A. VII. (87.) 279. 280.

6. **Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Revisionsfrist ist wegen Krankheit des Prozeßbevollmächtigten, an welchen die Zustellung des angefochtenen Urtheils erfolgt war, nicht zu ertheilen.** (R. G. 28. IX. 80.) R. C. II. (124.) 424. 425. A. II. (116.) 505. 506.

7. Das Gesetz erfordert von den Parteien die Bethätigung einer gewissen Sorgfalt für Offenhaltung der zur Zustellung von Prozeßschriften nothwendigen Zeit und geht deßhalb davon aus, daß die Partei das, was sie ihrerseits zu thun hat, damit eine Frist gewahrt werde, nicht bis zur letzten Stunde verschieben dürfe. (R. C. II. (125.) 426—428.) Wird von diesem Gesichtspunkte ausgegangen, so leuchtet ein, daß **ein Wiedereinsetzungsgesuch gegen die Versäumung der Revisionsfrist durch Verspätung eines Eisenbahnzuges** motivirt werden kann. Denn wenn auch eine Verzögerung stattgefunden und in irgend einem Zufall oder in einer Pflichtwidrigkeit der betreffenden Organe ihren Grund hatte, und wenn auch ohne diese Zögerung die rechtzeitige Behändigung des Schriftsatzes noch möglich gewesen wäre, so kann die erbetene Wiedereinsetzung gleichwohl nicht gewährt werden, weil die zur Herbeiführung der Behändigung erforderlichen Schritte erst in einem so späten Zeitraume erfolgt sind, daß die Einhaltung der Frist, wenn überhaupt noch möglich, so doch in erheblichem Maße unwahrscheinlich war. (R. G. 19. IV. 81.) R. C. IV. (106.) 385. (R. C. II. (125.) 426—428.)

8. Der im § 211 der Civilprozeßordnung enthaltenen Bestimmung, nach welcher die Ertheilung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf einer Nothfrist davon abhängt, daß die Partei, welche die Wiedereinsetzung nachsucht, an der Einhaltung der Frist durch unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, muß zwar die Bedeutung gegeben werden, daß **ein Gesuch um Wiedereinsetzung nur Erfolg** haben kann, **wenn klargestellt ist, daß die ansuchende Partei jede von ihr nach Lage der Sache vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt behufs Einhaltung der Frist angewendet hat. Dem Gesuche wird also der Erfolg zu versagen sein, wenn eine das Armenrecht ansprechende Partei mit dem Gesuche um Bewilligung des Armenrechtes über Gebühr gezögert hat,** sodaß die übrig gebliebene Zeit für die Erledigung des Gesuches, die Bestellung des Anwaltes und die zur Wahrung der Frist erforderliche Zustellung nicht mehr ausreichend gewesen ist. **Entscheidend aber ist immer die Rücksicht auf die von der Partei vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt in Vornahme der zur Einhaltung der Frist erforderlichen Handlungen.** Der Umstand also, daß eine Partei nicht sofort mit dem Ablaufe der Zeit, welche sie nöthig hat, um sich über die Frage der Einlegung eines Rechtsmittels schlüssig zu machen, die erforderlichen Schritte zur Herbeiführung der Bestellung eines Anwalts behufs Einlegung des Rechtsmittels gethan hat, bedingt, wenn schließlich die verbliebene Zeit sich nicht als ausreichend zur Wahrung der

Digitized by Google

Nothfrist ergeben hat, die Frist aber eingehalten worden wäre, sofern die Partei jene Schritte sofort gethan hätte, nicht unter allen Umständen bei Zurückweisung des Wiedereinsetzungsgesuches. War die Partei bei Anwendung der von ihr in ihren Rechtsangelegenheiten vernünftigerweise zu erwartenden Sorgfalt in der Lage, anzunehmen, daß die übrige Zeit zur Wahrung der Nothfrist ausreichen würde, so ist zu ihren Gunsten das Vorhandensein eines unabwendbaren Zufalles im Sinne des § 211 a. a. O. anzunehmen. (R. G. 23. XII. 86.) R. C. XVII. (98.) 389—391.

9. **Der Begriff des „unabwendbaren Zufalles" (§ 211 C. P. O.) wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Partei, welche die Bewilligung des Armenrechtes für die Berufungsinstanz nachsucht, es unterlassen hat, vorläufig die Berufung einlegen zu lassen.** Hierüber folgendes. Der § 106 C. P. O. erkennt der Partei, welche außer stande ist, ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie nothwendigen Unterhaltes die Kosten des Prozesses zu bestreiten, einen Anspruch, also das Recht auf Bewilligung des Armenrechts zu, vorausgesetzt, daß die beabsichtigte Rechtsverfolgung nicht als muthwillig oder aussichtslos erscheine. Betreffs dieser letzteren Voraussetzung ist von der das Armenrecht nachsuchenden Partei anzunehmen, daß sie selbst davon ausgehe, ihre Rechtsverfolgung sei nicht aussichtslos. Demgemäß wird sie auch von dem mit Prüfung ihres Gesuches befaßten Gerichte erwarten, daß dieses richtig (in ihrem Sinne) entscheiden, d. h. zum gleichen Ergebnisse gelangen werde. Mithin wird durch diesen, von der Natur der Sache gebotenen Standpunkt der Partei hinlänglich erklärt und gerechtfertigt, warum sie die Aufwendung der Kosten für eine vorsorgliche Einlegung des Rechtsmittels unterläßt; es beruht also die Unterlassung dieser Vorsicht nicht, keinesfalls nothwendig, auf dem Irrthume, als ob die Frist schon mit dem Gesuche um Bewilligung des Armenrechtes gewahrt sei. Fällt nun aber die Entscheidung zu Ungunsten der Partei aus, wird dieselbe jedoch in der Beschwerdeinstanz für unrichtig befunden, so liegt, wenn die Partei in Einreichung ihres Gesuches um Bewilligung des Armenrechtes und der Beschwerde nichts versäumt hat, unzweifelhaft ein unabwendbarer Zufall vor, durch welchen dieselbe an Einhaltung der Nothfrist verhindert worden ist. Die Zumuthung an die Armenpartei, einstweilen Kosten für den möglichen Fall aufzuwenden, daß das Berufungsgericht einen ihr ungünstigen Beschluß fasse, welcher vom Beschwerdegerichte aufgehoben wird, findet im Gesetze keine Grundlage, stellt sich vielmehr als eine ungerechtfertigte Schmälerung derjenigen Rechte und Vortheile dar, welche das Gesetz (§ 107 C. P. O.) mit der Bewilligung des Armenrechtes ohne irgend welche Unterscheidung oder Einschränkung gewährt. (R. G. 26. IX. 84.) R. C. XII. (107.) 375. 376.

10. **Verzögerung der Beschaffung des Armenrechtes in Folge von Gefangenschaft des Nachsuchenden.** Unabwendbarer Zufall im Sinne des § 211 der R. C. P. O. (R. G. 8. IV. 85.) U. u. A. II. (18.) 25.

11. **Die verzögerliche Betreibung eines Gesuches um Zulassung zum Armenrecht kann nicht als unabwendbarer Hinderungsgrund für Einhaltung der Berufungsfrist angesehen werden.** (B. O. L. 13. V. 85.) S. XI. (53.) 136. 137.

Digitized by Google

12. **Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumniß einer Nothfrist auf Grund angeblicher Verzögerung in Erledigung einer Bitte um Zulassung zum Armenrecht für den treffenden Rechtszug.** Nach § 211 Abs. 1 der Reichs-Civilprozeßordnung ist zwar einer Partei, welche durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, eine Nothfrist einzuhalten, auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gestatten; allein keine dieser beiden Voraussetzungen kann hier als gegeben erachtet werden. Die Verhinderung durch ein Naturereigniß kann nicht geltend gemacht werden, und ebensowenig kann in den zur Begründung des Restitutionsgesuches angegebenen Thatumständen ein unabwendbar, die Einlegung der Berufung unmöglich machender Zufall gefunden werden. Wie schon die Motive zu § 211 ergeben, will das Gesetz unter Naturereignissen oder anderen unabwendbaren Zufällen, auf welche die Wiedereinsetzung dem Restitutionsgrunde nach beschränkt ist, dasjenige verstanden wissen, was Art. 395 des Handelsgesetzbuches unter vis major begreift. Wenn daher auch in Bezug auf die Beantwortung der Frage, was unabwendbarer Zufall sei, dem richterlichen Ermessen immerhin ein Spielraum gelassen ist, so liegt es hiernach doch im Sinne des Gesetzes, die Unabwendbarkeit des Zufalls strenge zu beurtheilen, was sich schon aus der Zusammenstellung desselben mit den Naturereignissen ergibt. Das Nichtvorhandensein eines Verschuldens genügt daher an und für sich nicht als Restitutionsgrund. (Seuffert, Kommentar zur Reichs-Civilprozeßordnung S. 221 Nr. 1.) Ursache des Versäumnisses muß vielmehr ein Ereigniß sein, welches selbst mit der größten, nach Lage der Sache vernünftiger Weise zu erwartenden Vorsicht weder zu verhindern noch unschädlich zu machen war. Hieraus folgt, daß eine Partei bei dem, was ihr im Prozesse zu thun obliegt, damit eine Frist gewahrt werde, mit der nöthigen Sorgfalt und Achtsamkeit verfahre, insbesondere so rechtzeitig handle, daß das, was von ihr angestrebt wird, nach dem gewöhnlichen Geschäftsgange in der laufenden Frist auch noch eintreten kann. Das Gesuch um Zulassung zum Armenrecht ist vorerst einer Prüfung dahin zu unterstellen, ob die im § 106 der Reichs-Civilprozeßordnung vorgeschriebenen Voraussetzungen hierfür gegeben sind. Hierzu bedarf es manchmal der Erholung von Prozeßakten, nach deren Erlangung erst Beschluß gefaßt und dessen Ausfertigung und Zustellung bethätigt werden kann. Sache des Gesuchstellers ist es demnach, mit Rücksicht hierauf sein Gesuch um Zulassung zum Armenrecht so zeitig zu stellen, daß der erwähnten richterlichen Thätigkeit und der durch den aufgestellten Pflichtanwalt möglichen Einlegung der Berufung ꝛc. der entsprechende Spielraum noch vor Ablauf der Berufungsfrist offen steht. Wenn aber die für die Beschlußfassung auf das Armenrechtsgesuch und Zustellung des Beschlusses verwendete Zeit den nach dem regelmäßigen Geschäftsgang hierfür erforderlichen Zeitraum nicht übersteigt, so kann eine verspätete Einlegung der Berufung nicht in einem unabwendbaren Zufalle, sondern allein in dem Verhalten des Gesuchstellers seinen Grund haben, welche durch frühere Stellung des Gesuches um Zulassung zum Armenrecht diesem ihm ungünstigen Ereigniß hätte vorbeugen können und sollen. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß nach § 213 der Reichs-Civilprozeßordnung die vorgesehene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Digitized by Google

gegen die Versäumniß einer Nothfrist davon abhängig gemacht ist, daß das zur Wahrung derselben zuzustellende Schriftstück mindestens am dritten Tage vor Ablauf der Nothfrist dem Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber zum Zwecke der Zustellung übergeben worden war, obgleich nicht verkannt werden kann, daß auch hier die Zustellung in einem kürzeren Zeitraum als dem vom Gesetze bewilligten in den meisten Fällen wird erfolgen können. (V. O. L. 24. XI. 83.) S. X. (89.) 232—234.

13. **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf einer Berufungsfrist auf Grund von Hindernissen bei Prüfung eines Gesuches um Zulassung zum Armenrecht.** Der Grund, weshalb der aufgestellte Pflichtanwalt die Berufungsfrist nicht einhalten konnte, lag darin, daß der Beschluß, wodurch das Armenrecht bewilligt wurde, zu spät an die Gerichtsschreiberei zur weiteren Behandlung abgegeben wurde, und daß, wenn dies, wie es hätte geschehen sollen, sofort nachdem der Beschluß gefaßt war, geschehen und von der Gerichtsschreiberei dem aufgestellten Pflichtanwalte Mittheilung gemacht worden wäre, dieser die Berufungsfrist noch hätte einhalten können. Ein solches Hinderniß, das die Nichteinhaltung der Berufungsfrist herbeiführte, ist ohne Schuld der Partei entstanden, und kann auch durch die Thätigkeit der Partei nicht beseitigt werden. In einem solchen Falle liegt ein unabwendbarer Zufall im Sinne des § 211 der C. P. O. vor. (V. O. L. 30. I. 85.) S. XI. (10.) 26—28.

14. **Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Revisionsfrist findet wegen angeblich verspäteter Beschlußfassung über ein Armenrechtsgesuch nicht statt.** Nach der Civilprozeßordnung darf die Zulassung zum Armenrechte in der Revisionsinstanz nur dann gewährt werden, wenn das von der armen Partei beabsichtigte Rechtsmittel nicht als aussichtslos erscheint. Um die zu diesem Behufe erforderliche Prüfung anstellen zu können, wird das Revisionsgericht für die Regel die in den Vorinstanzen verhandelten Akten nöthig haben. Die um das Armenrecht bittende Partei hat also in Aussicht zu nehmen, daß sowohl für die Einforderung der Akten als für deren Prüfung und für die darauf erfolgende Beschlußfassung ein gewisser Zeitraum erforderlich ist, und sie hat die nach dem eingangs erwähnten Gesichtspunkte ihr obliegende Pflicht nicht erfüllt, wenn sie nicht so zeitig ihr Gesuch einreicht, daß zur Beschlußfassung auf dasselbe und zu der erst durch den aufgestellten Offizialanwalt möglichen Erhebung der Revision ein entsprechender Zeitraum vor Ablauf der Nothfrist noch offen steht. (R. G. 19. IV. 81.) R. C. IV. (106.) 385. 386.

15. **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumniß der Berufungsfrist wegen Verhinderung der Prozeßvertreter.** Eine Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten, der nach § 81 C. P. O. die Partei repräsentirt, wirkt ohne weiteres gegen die letztere. Es kommt überall nichts darauf an, ob der gedachte Anwalt seine Partei von der Zustellung in Kenntniß setzte oder nicht, vielmehr ist für die Statthaftigkeit des Gesuches um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand allein entscheidend, ob jener Vertreter durch einen unabwendbaren Zufall im Sinne des § 211 C. P. O. verhindert war, die geeigneten Schritte zur Einhaltuug der Berufungsfrist zu thun. (R. G. 7. I. 81.) R. C. III. (121.) 421. (128.) 439. (R. C. II. (124.) 424. 425.)

16. **Auf den Mangel eines Verschuldens des Prozeßbevollmächtigten**

Digitized by Google

oder auch der Partei allein kann ein Restitutionsgesuch wegen Ablaufs einer Nothfrist nicht gestützt werden, es ist vielmehr die Abwesenheit eines solchen Verschuldens nur eine der Voraussetzungen, welche nach § 211 C. P. O. zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand berechtigt. R. C. III. (121.) 421. (128.) 440. (R. C. II. (124.) 424. 425.)

17. **Ist der Grund einer stattgehabten Fristversäumniß der, daß der Anwalt des Rev.-Klägers dem Prozeßgegner die Rev.-Abschrift hat zustellen lassen, ohne sie zuvor durch Namensunterschrift zu beglaubigen,** so war der Anwalt sicherlich weder durch ein Naturereigniß noch durch einen anderen Zufall, positiv verhindert, es kann sich vielmehr nur darum handeln, welcher Einfluß der Thatsache zuzuschreiben ist, daß der prozeßführende Anwalt etwa von seinem Schreiber in den Irrthum, er habe die Beglaubigung wirklich vorgenommen, versetzt und in diesem Irrthum durch das Verhalten des zustellenden Gerichtsvollziehers so lange bestärkt worden ist, bis die Frist zur Nachholung des Mangels verstrichen war. Als eine auf unabwendbarem Zufall beruhende Irrthums-Versetzung ist es jedoch keineswegs zu erachten, wenn der Anwalt von seinem Schreiber die unrichtige Versicherung erhielt, das zuzustellende Schriftstück sei in der That beglaubigt. Ein derartiger Irrthum ließe sich in Beziehung auf Handlungen denken, die von dem Schreiber selbst zu besorgen waren. Wo es sich dagegen um Prozeßakte handelt, die von dem Anwalt persönlich vollzogen werden, hat es derselbe unter allen Umständen in der Hand, sich in vollkommener Gewißheit zu erhalten, ob er die ihm obliegende Handlung vollzogen hat oder nicht. Unterläßt er nun die darauf bezüglichen Vorsichtsmaßregeln und wird er deßhalb durch Aeußerungen seines Gehülfen in einen Irrthum versetzt, der zur Versäumung einer Nothfrist führt, so kann von einem unabwendbaren Zufall, welcher die Einhaltung der Frist gehindert hätte, nicht die Rede sein. Aehnlich verhält es sich, wenn eine Restitution aus dem Verhalten des requirirten Gerichtsvollziehers entnommen werden will. Letzterem obliegt nur, die ihm als beglaubigt übergebene Abschrift der Partei zuzustellen. Seine Aufgabe ist es nicht, selbständig zu prüfen, ob die Beglaubigung, welche der Anwalt selbst vornehmen will, formgerecht ist oder nicht. Allerdings kann der Gerichtsvollzieher auch auf die ausgebliebene Namensunterschrift aufmerksam machen. Wenn er es aber unterläßt, so hat er doch nur den Anwalt in dem Irrthum bestärkt, in welchem er zuvor durch die Aeußerung des Gehülfen versetzt worden war. Wie aber die Versetzung in diesen Irrthum, so kann auch die Bestärkung in solchem auf keinem unabwendbaren Zufall beruhen, da immer die gleiche persönliche Handlung des Anwalts in Frage steht, über welche derselbe von Anfang an in vollständiger Gewißheit sich hätte erhalten können und erhalten sollen. Urtheil des Reichsgerichts v. 28. Nov. 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 270 S. 344. 345.

18. **Wiedereinsetzung aus § 211 kann nur verlangt werden bei unabwendbarer Verhinderung des Parteivertreters, nicht der Partei selbst.** (R. G. 29. III. 81.) R. C. III. (128.) 439. 440. A. III. (150.) 535.

§ 212.

§ 212.

Die Wiedereinsetzung muß innerhalb einer zweiwöchigen Frist beantragt werden.

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem das Hinderniß gehoben ist; sie kann durch Vereinbarung der Parteien nicht verlängert werden.

Digitized by Google

Nach Ablauf eines Jahres, von dem Ende der versäumten Nothfrist an gerechnet, kann die Wiedereinsetzung nicht mehr beantragt werden.

1. **Die zweiwöchentliche Frist des § 212 ist keine Nothfrist und beginnt folgeweise ihr Lauf erst mit dem Ablauf der Gerichtsferien, in welche ihr Anfang fällt.** (§ 201 der CPO). Daß aber der Antrag noch vor Beginn der Frist, innerhalb deren er gestellt werden muß, erfolgt ist, kann ein Bedenken nicht erregen, da das Wort „innerhalb" im § 212 nicht zu pressen ist. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg v. 15. Nov. 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 142 S. 210.

2. **Die Frist für das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Ablaufes einer Nothfrist beginnt mit dem Tage, an welchem das Hinderniß gehoben ist.** (R. G. 20. I. 82.) R. C. VI. (99.) 343 344.

§ 213. **§ 213.**

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer Nothfrist ist der Partei auf Antrag auch dann zu ertheilen, wenn spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Nothfrist das zur Wahrung derselben zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsvollzieher oder, insoweit die Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, dem Gerichtsschreiber zum Zwecke der Zustellung übergeben ist.

§ 214 Abs. 3.

Die Wiedereinsetzung muß innerhalb einer einmonatigen Frist nach Ablauf der versäumten Nothfrist beantragt werden.

1. S. hierüber bei § 210 Abs. 2 ad R. C. X. (110.) 362—264.

2. **Ausschluß der Wiedereinsetzung i. d. v. St., wenn die Nothfrist versäumt ist durch ein Verschulden der Partei bei Uebergabe des Schriftstücks an den Gerichtsvollzieher.** Im Gesetzentwurf war die Vorschrift des § 213 nicht enthalten. Die Aufnahme derselben in das Gesetz ist erst nach wiederholten Berathungen der Kommission beschlossen worden, wobei die Erwägung maßgebend gewesen ist, daß eine Partei, welche für die Zustellung die Thätigkeit eines Gerichtsvollziehers bezw. Gerichtsschreibers in Anspruch nehmen müsse, ohne über dieselben eine unmittelbare Verfügung zu haben, und welche ihrerseits Alles gethan habe, damit die Zustellung rechtzeitig erfolgen könne, nicht darunter leiden dürfe, wenn gleichwohl die Zustellung nicht rechtzeitig erfolgt sei (vgl. Hahn Mat. zur C. P. O. S. 575 ff.; 622 ff.; 996 ff.; 1112; 1264). Eine ausdrückliche Erwähnung im Gesetzestext, daß die Wiedereinsetzung auf Grund des § 213 nur Jenem gewährt werden solle, welcher Alles gethan habe, damit das dem Gerichtsvollzieher zur Zustellung übergebene Schriftstück rechtzeitig zugestellt werden könne, war nicht geboten; es genügt, daß bei Auslegung des Gesetzes, für welche die Berathungen hierüber entsprechende Anhaltspunkte bieten, sich mit Gewißheit ergibt, diese Absicht liege dem Gesetze zu Grunde. Diese Absicht, die Wiedereinsetzung nur unter der Beschränkung zu erweitern, daß von Seiten dessen, der hierum nachsucht, die erwähnte Sorgfalt beobachtet worden ist, kann bei Anwendung des Gesetzes nicht unbeachtet bleiben, da kein Grund zur Annahme besteht, daß auch der Nachlässige in Schutz genommen werden sollte, welcher durch sein Verhalten einer den Gesetzen entsprechenden rechtzeitigen Zustellung Hindernisse in den Weg legt. Urtheil des obersten L. G. f. Bayern v. 15. Okt. 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 221. S. 221. 222.

Digitized by Google

3. Die Vorschrift des § 213 gibt den Parteien ein sicheres Mittel an die Hand, die Folgen schuldhafter Verzögerung des Zustellungsgeschäftes von sich abzuwehren. Hat der Gerichtsvollzieher oder, soweit der Gerichtsschreiber die Zustellung vermittelt, letzterer das zuzustellende Schriftstück längstens am dritten Tage vor Ablauf der Frist zum Zwecke der Zustellung erhalten, so darf die Partei Wiedereinsetzung gegen das nachherige Fristversäumniß schlechthin beanspruchen, selbst dann, wenn dasselbe nicht auf Zufall, sondern auf Nachlässigkeit der Zustellungsorgane beruht. Hiermit fordert das Gesetz von den Parteien die Bethätigung einer gewissen Sorgfalt für Offenhaltung der zur Zustellung nothwendigen Zeit. Die Partei soll, was sie ihrerseits zu thun hat, damit die Frist gewahrt werde, nicht bis auf die letzte Stunde verschieben, sodaß die Zustellungsbeamten gezwungen sind, außergewöhnliche, die regelrechte Abwickelung ihrer sonstigen Dienstgeschäfte nach Befinden störende Maßnahmen zu ergreifen, um die Zustellung noch rechtzeitig vollziehen zu können. Wie hieraus ohne weiteres folgt, darf eine Partei, welche die ihr von dem Gesetze gebotene Gelegenheit zur Unschädlichmachung etwaiger Nachlässigkeiten der Zustellungsorgane nicht benutzt, deßhalb allein, weil dieselben, vielleicht ohne Noth, die Zustellung über die Frist hinaus verzögert haben, nicht in den vorigen Stand eingesetzt werden. Derartige Zögerungen, wären sie auch durch Pflichtwidrigkeiten der Zustellungsbeamten veranlaßt, betrachtet das Gesetz nicht als unabwendbaren Zufall, weil es in der Macht der Parteien steht, den nachtheiligen Wirkungen solcher Ereignisse vorzubeugen. Daß dies die Meinung des Gesetzgebers gewesen ist, erhellt klar aus der Entstehungsgeschichte des § 213. Deßhalb **kann eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist nicht ertheilt werden, wenn die Berufungsschrift erst am vorletzten Tage der Frist dem Gerichtsvollzieher übergeben (§ 213. C. P. O.) und nachher die Zustellung durch die Schuld der Zustellungsorgane verspätet worden ist.** (R. G. 5. XI. 80.) R. C. II. (125.) 427. 428. A. III. (27.) 99. 100.

4. **Für Anwendung des § 213 der C. P. O. ist erforderlich, daß die Partei** (oder der Prozeßbevollmächtige) **Alles gethan hat, was erforderlich ist, um die Frist zu wahren. Dazu gehört im Anwaltsprozeß die Benennung der Prozeßbevollmächtigen der Gegenpartei an den Gerichtsvollzieher.** (R. G. 25. II. 86.) U. u. A. III. (199.) 435.

5. **Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Berufungsfrist ist nicht zu ertheilen, wenn dem Gerichtsvollzieher die Berufungsschrift zur Zustellung zwar vor dem dritten Tage vor Ablauf der Nothfrist, aber ohne Bezeichnung des Prozeßbevollmächtigten der Gegenpartei, zugegangen und in Folge dessen die Zustellung an die Partei erfolgt ist.** Die Bestimmung des § 213 ist dem Regierungsentwurfe, der einen ihr entsprechenden Satz nicht aufgestellt hatte, auf Vorschlag der Reichstagskommission beigefügt worden, welche es für angezeigt erachtete, der Partei, welche ihrerseits den zuzustellenden Schriftsatz rechtzeitig dem Gerichtsvollzieher übergeben habe, gegen eine Säumniß des letzteren Schutz zu gewähren. (Vgl. Hahn, Materialien S. 575 ff. 612. 622. 1202.) Diese Rücksicht ist als der Grundgedanke der Bestimmung, in welchem sie ihre legislatorische Rechtfertigung hat, aufzufassen. Die Be-

Digitized by Google

stimmung erweist sich also nur dann als anwendbar, wenn die Partei — oder ihr Prozeßbevollmächtigter, gegen dessen Versäumniß das Prozeßgesetz ihr keinen Schutz gewährt, — mit der spätestens am dritten Tage vor dem Ablaufe der Nothfrist erfolgten Uebergabe des zuzustellenden Schriftstückes an den Gerichtsvollzieher ihrerseits alles gethan hat, was zur Wahrung der Frist erforderlich ist. Hieran aber fehlt es im vorliegenden Falle. Der Gerichtsvollzieher durfte den ihm ertheilten Zustellungsauftrag mangels der Bezeichnung eines Prozeßbevollmächtigten der Gegenpartei, an den die Zustellung zu erfolgen hätte, dahin auffassen, daß er die Zustellung an die Partei selbst vornehmen solle. Der Auftrag war also insofern unvollständig und mangelhaft, als mit seiner ungesäumten Ausführung die Wahrung der Nothfrist nicht gegeben war. Damit wird der § 213 C. P. O. unanwendbar. (R. G. 25. II. 86.) R. C. XVI. (89.) 365. 366.

6. **Die Bestimmung des § 213 C. P. O.** muß ihrem Wortlaute nach **auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Gerichtsvollzieher**, welchem spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Nothfrist das zu deren Wahrung zuzustellende Schriftstück zum Zwecke der Zustellung übergeben worden ist, **innerhalb der Frist eine unwirksame Zustellung bewirkt hat.** Denn Versäumung einer Nothfrist liegt vor, wenn dasjenige, was zu ihrer Wahrung erforderlich war, nicht oder nicht wirksam geschehen ist, und § 213 a. a. O. gewährt, ohne diesfalls zu unterscheiden, unter der nach dem angeführten hier zutreffenden Voraussetzung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Nothfrist. (R. G. 29. I. 84.) R. C. XI. (96.) 376. A. IX. (107.) 440. 441.

7. **Als derjenige Zeitpunkt, von welchem der dritte Tag vorher zurückgerechnet werden soll**, wird der Ablauf der Nothfrist angegeben. Damit **kann nur der Tag gemeint sein, an welchem der Ablauf eingetreten ist**, nicht der Tag, nach dessen Beendigung der Ablauf eintreten wird. (R. G. 6. VI. 82.) R. C. VII. (94.) 316. 317.

8. **Berechnung der dreitägigen Frist nach § 213 Abs. 1 der C. P. O.** Urtheil des Reichsgerichts v. 18. Jan. 1882. S. hierüber S. A. Bd. 37. bezw. 7. Nr. 255. S. 359.

9. Die Fristbestimmung: **„am dritten Tage vor"** ist dahin zu verstehen, daß außer dem Tage der Uebergabe des Schriftstückes, welcher gemäß § 199 nicht mitgezählt wird, zwei volle Tage zur Besorgung der Zustellung dem Gerichtsvollzieher verbleiben sollen. Dies trifft zu, wenn man den letzten Tag, an welchem die Frist noch läuft, mitrechnet, da während des ganzen Laufes desselben die Zustellung erfolgen kann. (R. G. 6. VI. 82.) R. C. VII. (94.) 317.

§ 214.

§ 214. Die Wiedereinsetzung wird durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt. Derselbe muß enthalten:

1. die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen;
2. die Angabe der Mittel für deren Glaubhaftmachung;
3. die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung oder, wenn diese bereits nachgeholt ist, die Bezugnahme hierauf.

Ist die Einlegung der sofortigen Beschwerde versäumt worden, so wird der Antrag auf Wiedereinsetzung durch Einreichung des Schriftsatzes bei Gericht gestellt. Die Einreichung kann sowohl bei dem Gerichte, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, als auch bei dem Beschwerdegericht erfolgen.

Digitized by Google

Im Falle des § 213 kann die Wiedereinsetzung auch in dem für die mündliche Verhandlung bestimmten Termine ohne vorgängige Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden, wenn die Zustellung der Ladung zu dem Termin innerhalb der einmonatigen Frist nach Ablauf der versäumten Nothfrist erfolgt ist.

1. **Die Berufung wider ein Urtheil, durch welches der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumniß einer Nothfrist zurückgewiesen worden ist, kann nicht wirksam auf neue Thatsachen und Beweismittel gestützt werden.** Nach den Bestimmungen des § 214 muß der Schriftsatz, durch dessen Zustellung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer Nothfrist beantragt wird, die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen und der Mittel für deren Glaubhaftmachung enthalten. Diese Erfordernisse sind, wie sich bei dem Sprachgebrauche der Civilprozeßordnung aus dem Ausdrucke „muß" ergibt, dergestalt wesentlich, daß ein Antrag auf Wiedereinsetzung, der denselben nicht entspricht, als unzulässig abzuweisen ist. Die zur Begründung der Wiedereinsetzung in dem Schriftsatze enthaltenen und mit der Angabe der Mittel für ihre Glaubhaftmachung versehenen Thatsachen sind dazu bestimmt, die Grundlage des Wiedereinsetzungsverfahrens, und zwar seine bleibende, wesentliche Grundlage in ähnlicher Weise zu bilden wie der in der Klage anzugebende Klagegrund (§ 230 C. P. O.) die Grundlage des gewöhnlichen Prozeßverfahrens und die nothwendige Begrenzung für dasselbe enthält. Hieraus folgt, daß die für die Berufungsinstanz bestehende Zulässigkeit der Vorbringung neuer Thatsachen in ähnlicher Weise, wie sie bei dem gewöhnlichen Prozeßverfahren in dem Klagegrunde, welcher nicht verändert werden darf, seine Begrenzung hat, so auch bei dem Wiedereinsetzungsverfahren durch die mit der Angabe der Mittel zur Glaubhaftmachung versehenen, den Wiedereinsetzungsgrund darstellenden Thatsachen in der Art seine Begrenzung erhält, daß in der zweiten Instanz ein in dem Wiedereinsetzungsantrage nicht angegebener oder in demselben nicht mit der Angabe der Mittel seiner Glaubhaftmachung versehener Wiedereinsetzungsgrund als solcher nicht zugelassen werden darf. (R. G. 15. IV. 86.) R. C. XVI. (91.) 368. 369.

2. **Abs. 3. Nach § 214 Abs. 3 der R. C. P. O. sind Abs. 2 des § 213 und Abs. 1 des § 214 abgeändert. Die Wiedereinsetzung kann daher auch ohne Zustellung eines Schriftsatzes, bei rechtzeitiger Zustellung der Ladung** (§ 214 Abs. 3) **noch im Termin beantragt werden.** (R. G. 16. V. 82.) A. V. (139.) 535. 536.

§ 215. § 215.

Ueber den Antrag auf Wiedereinsetzung entscheidet das Gericht, welchem die Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung zusteht.

§ 216. § 216.

Das Verfahren über den Antrag auf Wiedereinsetzung ist mit dem Verfahren über die nachgeholte Prozeßhandlung zu verbinden. Das Gericht kann jedoch das Verfahren zunächst auf die Verhandlung und Entscheidung über den Antrag beschränken.

Auf die Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrags und auf die Anfechtung der Entscheidung finden die Vorschriften Anwendung, welche in diesen Beziehungen für die nachgeholte Prozeßhandlung gelten. Der Partei, welche den Antrag gestellt hat, steht jedoch der Einspruch nicht zu.

Die Kosten der Wiedereinsetzung fallen dem Antragsteller zur Last, soweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind.

Ger. K. G. § 26. Nr. 5. R. A. G. O. § 20.

Digitized by Google

Fünfter Titel.

Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.
(§§ 217—229.)

I. Unterbrechung des Verfahrens.

§ 217. **§ 217.**

Im Falle des Todes einer Partei tritt eine Unterbrechung des Verfahrens bis zu dessen Aufnahme durch die Rechtsnachfolger ein.

Wird die Aufnahme verzögert, so können die Rechtsnachfolger zur Aufnahme und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache geladen werden.

Der die Ladung enthaltende Schriftsatz ist den Rechtsnachfolgern selbst zuzustellen. Die Ladungsfrist wird von dem Vorsitzenden bestimmt.

Erscheinen die Rechtsnachfolger in dem Termine nicht, so ist auf Antrag die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden anzunehmen und von dem Gerichte durch Versäumnißurtheil auszusprechen, daß das Verfahren von den Rechtsnachfolgern aufgenommen sei. Eine Verhandlung zur Hauptsache ist erst nach Ablauf der Einspruchsfrist und, wenn innerhalb derselben Einspruch eingelegt ist, erst nach dessen Erledigung statthaft.

§§ 693—696. Ger. K. G. § 26. Nr. 4. R. A. G. O. § 20.

1. **Abs. 2. Der § 217 Abs. 2 C. P. O. ist auf die Fälle der §§ 132, 134 K. O. nicht anwendbar.** Der § 217 a. a. O. behandelt den Fall der Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod der einen Partei und der Aufnahme des Verfahrens durch die Rechtsnachfolger. Der Abs. 2 dieses Paragraphen kann daher für andere Fälle nur Anwendung finden, soweit das Gesetz dies ausspricht (S. über die Entstehungsgeschichte des Gesetzes R. C. XVI. (88.) 363. 364). (R. G. 24. VI. 86.) R. C. XVI. (88.) 363.

2. **Abs. 4.** Der § 217 bezieht sich auf die Aussetzung und Unterbrechung des Verfahrens und berührt den Fall des Einspruches nur nebenbei und nach einer einzelnen Richtung hin. Es ist auch davon auszugehen, daß der Gesetzgeber bei der betreffenden Bestimmung: „Eine Verhandlung zur Hauptsache ist erst nach Ablauf der Einspruchsfrist und, wenn innerhalb derselben Einspruch eingelegt ist, erst nach dessen Erledigung statthaft", nur den gewöhnlichen, regelmäßigen Fall vor Augen gehabt habe, sodaß die Worte **„wenn innerhalb derselben Einspruch eingelegt ist"** nur in dem Sinne eines vor Ablauf der Frist eingelegten Einspruches verstanden werden können. (R. G. 17. I. 83.) R. C. IX. (121.) 422. A. VII. (150.) 482.

§ 218. **§ 218.**

Im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei wird das Verfahren, wenn es die Konkursmasse betrifft, unterbrochen, bis dasselbe nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen aufgenommen oder das Konkursverfahren aufgehoben wird.

Konk. O. §§ 8—10, 132, 134.

1. **Voraussetzung für Unterbrechung des Verfahrens nach § 218 C. P. O.** (R. G. 20. V. 85.) U. u. A. II. (101.) 204.

2. Nach § 218 C. P. O. wird im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei das Prozeßverfahren, wenn es die Konkursmasse betrifft, unterbrochen, bis dasselbe nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen aufgenommen oder das Konkursverfahren aufgehoben wird. Die Frage der Aufnahme des Pro-

Digitized by Google

zeßverfahrens aber bestimmt sich nach den §§ 8. 9. 10. K. O. Von diesen Paragraphen setzt die Vorschrift des § 10 a. a. O. und der mit ihr in Verbindung stehenden §§ 134 ff. a. a. O. voraus, daß der Rechtsstreit eine im Konkurse zur Befriedigung aus der Konkursmasse angemeldete Forderung betrifft. Die Anwendbarkeit des § 9 l. c. ist auf die Fälle beschränkt, in welchen die Aussonderung eines Gegenstandes aus der Konkursmasse oder die abgesonderte Befriedigung eines Konkursgläubigers oder ein Anspruch, der unter den Begriff der Masseschuld fällt, geltend gemacht wird, und nach der Bestimmung des § 8 l. c. können Rechtsstreitigkeiten über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen, welche zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens für den Gemeinschuldner anhängig sind, in der Lage, in welcher sie sich befinden, von dem Konkursverwalter aufgenommen werden. **Die Frage der Unterbrechung des Prozeßverfahrens (§ 218 C. P. O.) und die der Aufnahme des Verfahrens durch den Konkursverwalter hängt also davon ab, ob es sich um einen für den Gemeinschuldner anhängigen Rechtsstreit handelt, welcher die Konkursmasse (§ 218 a. a. O.), das zur Konkursmasse gehörige Vermögen (§ 8 K. O.), betrifft.** (R. G. 31. XII. 83.) R. C. XI. (105.) 399.

3. **Die Bestimmung des § 218 der R. C. P. O., welche sich nicht bloß auf die Aktivmasse des Konkurses, sondern auch auf die die Passivmasse desselben betreffenden Prozeße bezieht** (Protokolle der Justizkommission S. 76) **und die Unterbrechung des Verfahrens nicht bloß der Konkursmasse, sondern auch dem Gemeinschuldner gegenüber herbeiführt, muß auch auf die Konkurseröffnung über einen Nachlaß, welcher unter der Rechtswohlthat des Inventars angetreten ist, angewandt werden, und zwar mit der Wirkung, daß der anhängige Prozeß auch dem Benefizialerben gegenüber unterbrochen wird.** Dies folgt sowohl daraus, daß die dem § 218 entsprechenden Bestimmungen der Konkursordnung über die Aufnahme des unterbrochenen Rechtsstreits (§§ 8, 9, 132 Abs. 2, § 134 Abs. 3) auch auf den Nachlaßkonkurs, für welchen in dieser Hinsicht keine Sonderbestimmungen gegeben sind, bezogen werden müssen, als auch daraus, daß durch die Eröffnung des Konkurses über einen solchen Nachlaß der Benefizialerbe, wenngleich er nicht als der eigentliche Gemeinschuldner anzusehen sein mag, doch gleich einem Gemeinschuldner nach § 5 der R. Konk. O. die Befugniß, über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verfügen, verliert und ihm hierdurch auch die Befugniß zur Fortsetzung der anhängigen, die Konkursmasse betreffenden Prozesse entzogen wird; außerdem ist auch die Rücksichtnahme, daß diejenige Lage eines in Betreff der Konkursmasse anhängigen Rechtsstreits, in welcher derselbe sich zur Zeit der Konkurseröffnung befindet, für das Konkursverfahren maßgebend zu bleiben hat und deßhalb unverändert erhalten werden muß, für den Nachlaßkonkurs ebenso zutreffend, wie für die gewöhnlichen Fälle des Konkurses. Die Worte des § 218 „über das Vermögen einer Partei" stehen der Anwendung desselben auf die Eröffnung des Konkurses über einen unter der Rechtswohlthat des Inventars angetretenen Nachlaß nicht entgegen, weil ein solcher Nachlaß durch die Konkurseröffnung die Natur eines selbständigen Vermögens des Benefizialerben, welches von dem

Digitized by Google

übrigen Vermögen desselben separirt ist, annimmt (Motive zu § 202 ff. der R. Konk. O.) und die gedachten Worte auch von dem betreffenden Vermögen einer Partei verstanden werden dürfen. (R. G. 7. XI. 82.) A. VII. (21.) 79. 80.

4. **Mit Eintritt des Konkurses über das Vermögen einer Partei ist deren Prozeßbevollmächtigter nicht mehr zur Urtheils-Zustellung oder Empfangnahme legitimirt.** Nach § 220 vergl. mit § 218 der R. C. P. O. wird das Verfahren durch die Eröffnung des Konkurses ohne weiteres so lange unterbrochen als sich nicht nach den Vorschriften der R. Konk. O. herausstellt, ob und gegen wen es wieder aufzunehmen ist und es demgemäß auch aufgenommen wird. Der bisher betreibende Anwalt ist auch keineswegs Prozeßbevollmächtigter desjenigen, gegen den der Prozeß wieder aufzunehmen ist und wieder aufgenommen wird, nämlich des Konkursverwalters, sondern einer in Folge der Konkurseröffnung ausgeschiedenen Partei, die bei dem weiteren Verfahren nicht mehr betheiligt ist. **Der Konkursverwalter kann sonach die Zustellung an den bisherigen Prozeßbevollmächtigten nicht nachträglich genehmigen.** (R. G. 12. V. 83.) A. VIII. (40.) 166. 167.

5. **Nachträgliche Anerkennung der nach Eröffnung eines Konkurses gegen die Vorschriften in §§ 218. 220. C. P. O. fortgesetzten Prozeßführung durch beide Parteien.** Es ist dies ein Mangel, auf dessen Rüge von den Parteien im Sinne des § 267 C. P. O. gültig verzichtet werden kann. (R. G. 26. V. 83.) R. C. X. (19.) 69.

6. **Die materiellrechtlichen Wirkungen, welche der über das Vermögen einer im Auslande ansässigen Person an ihrem Wohnorte oder Niederlassungsorte eröffnete Konkurs nach dem dort geltenden Rechte auf sie selbst und auf ihr Verhältniß zu ihrem Vermögen ausübt, sind nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechtes auch im Inlande anzuerkennen.** Es ist dies in dem in Bd. 14, Nr. 116 S. 412 abgedruckten Urtheile schon vom Reichsgerichte ausgesprochen und nicht minder dargelegt worden, daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Geltung für alle modernen Gesetzgebungen zu vermuthen sei, die Organisation einer Aktiengesellschaft insoweit als durch deren Konkurs aufgelöst angesehen werden müsse, daß die vorher zu ihrer Vertretung nach außen bestimmten Organe als solche nicht weiter fungiren können, und diese Vertretung völlig auf die Konkursverwalter übergehe. (R. G. 28. IX. 85.) R. C. XVI. (78.) 338.

7. **Inwieweit ein im Inlande anhängiger Rechtsstreit einer ausländischen Aktiengesellschaft durch einen über ihr Vermögen an ihrem Sitze eröffneten Konkurs unterbrochen wird,** s. R. C. XVI. (78.) 337.

8. **Insofern nur ein Urtheil begehrt wird, welches für den Umfang des deutschen Reichsgebietes Rechtskraft schaffen und eventuell in Objekte vollstreckt werden soll, deren Zugehörigkeit zu einer Konkursmasse in dieser Beziehung daselbst eben nicht anerkannt wird, betrifft das Verfahren nicht die Konkursmasse im Sinne des § 218 C. P. O.** (R. G. 28. IX. 85.) R. C. XVI. (78.) 338.

§ 219. **§ 219.**

Verliert eine Partei die Prozeßfähigkeit oder stirbt der gesetzliche Vertreter einer Partei oder hört die Vertretungsbefugniß desselben auf, ohne daß die Partei prozeßfähig geworden ist, so wird das Verfahren unterbrochen, bis der gesetzliche Vertreter oder

Digitized by Google

der neue gesetzliche Vertreter von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht, oder bis der Gegner seine Absicht, das Verfahren fortzusetzen, dem Vertreter anzeigt.

§ 220.

§ 220.

Wird im Falle der Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod einer Partei für den Nachlaß ein Kurator bestellt, so kommen die Vorschriften des § 219 und, wenn über den Nachlaß der Konkurs eröffnet wird, die Vorschriften des § 218 in Betreff der Aufnahme des Verfahrens zur Anwendung.

§ 694.

1. Abgesehen davon, daß in der neueren gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis der dem praktischen Bedürfniß entsprechende Satz mehr und mehr Anerkennung gefunden hat, daß **der obrigkeitlich aufgestellte Kurator einer ruhenden Erbschaft bei Klagen gegen letztere passiv legitimirt** ist, hat jedenfalls der gleiche Satz in dem § 220 C. P. O., welcher den Nachlaßkurator dem gesetzlichen Vertreter einer lebenden Partei prozessualisch gleichstellt, eine unzweifelhafte, gesetzliche Sanktion gefunden. (R. G. 3. V. 81.) R. C. IV. (130.) 437.

2. **Nachträgliche Anerkennung der nach Eröffnung eines Konkurses gegen die Vorschriften in §§ 218. 220. C. P. O. fortgesetzten Prozeßführung durch beide Parteien.** (R. G. 26. V. 83.) R. C. X. (19.) 69. S. bei § 218 eodem.

§ 221.

§ 221.

Stirbt in Anwaltsprozessen der Anwalt einer Partei oder wird derselbe unfähig, die Vertretung der Partei fortzuführen, so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens ein, bis der bestellte neue Anwalt von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht.

Wird diese Anzeige verzögert, so kann die Partei selbst zur Verhandlung der Hauptsache geladen oder zur Bestellung eines neuen Anwalts binnen einer von dem Vorsitzenden zu bestimmenden Frist aufgefordert werden. Wird dieser Aufforderung nicht Folge geleistet, so ist das Verfahren als aufgenommen anzusehen. Bis zur nachträglichen Anzeige der Bestellung eines neuen Anwalts können alle Zustellungen an die zur Anzeige verpflichtete Partei, sofern diese weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks wohnt, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, durch Aufgabe zur Post (§ 161) erfolgen.

1. Der § 221 handelt von den Fällen, in welchen der eine Partei vertretende Anwalt stirbt oder unfähig wird, die Vertretung fortzuführen. **Die faktische Verhinderung, eine einzelne Prozeßhandlung vorzunehmen, ist aber keine Unfähigkeit, die Vertretung der Partei fortzuführen.** Diese ist rechtlicher Natur und besteht in dem, sei es dauernden, sei es zeitweiligen, Aufhören der rechtlichen Befugniß des Anwalts, als solcher zu fungiren (Seuffert Kommentar Anm. 1 zu § 221; Struckmann u. Koch Komm. Anm. 2 zu § 221). **Kein weiterer Einspruch gegen das den Einspruch verwerfende Versäumnißurtheil, obgleich die neue Versäumung durch höhere Gewalt herbeigeführt wurde (§ 310 der C. P. O.). — Die Verhaftung des Anwalts begründet keine Unfähigkeit desselben, seine Partei zu vertreten, im Sinn des § 221 der C. P. O.** Ob ihm thatsächlich Mittel und Wege offen standen, um die Wahrnehmung des Termins zu ermöglichen, etwa indem er seine Vorführung erwirkte oder für Substitution sorgte, dadurch wird überall nicht die rechtliche Fähigkeit des Anwalts zur Vertretung der Partei berührt. Urtheil des hanseatischen O. L. G. v. 15. Febr. 1881. S. A. Bd. 37. bezw. 7. Nr. 160. S. 231.

2. **Auch wenn der Prozeßbevollmächtigte einen Substituten bestellt hatte, so wird durch des ersteren Tod, durch welchen überdies die Befug-**

Digitized by Google

niß des Substituten, im Prozeß zu handeln, erlischt, da er sie nur im Namen des Substituenten ausübte, nach § 221 die Unterbrechung des Verfahrens bewirkt. (R. G. 29. VI. 83.) R. C. XI. (93.) 370.

3. **Erfordernisse der Anzeige von der neuen Anwaltsbestellung im Falle des § 221 C. P. O.** (R. G. 16. II. 84.) R. C. XIV. (92.) 333.

§ 222.

Hört in Folge eines Krieges oder eines anderen Ereignisses die Thätigkeit des Gerichts auf, so wird für die Dauer dieses Zustandes das Verfahren unterbrochen.

II. Aussetzung des Verfahrens.

§ 223. **§ 223.**

Fand in den Fällen des Todes, des Verlustes der Prozeßfähigkeit oder des Wegfalls des gesetzlichen Vertreters (§§ 217, 219) eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten statt, so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens nicht ein; das Prozeßgericht hat jedoch auf Antrag des Bevollmächtigten, im Falle des Todes auch auf Antrag des Gegners die Aussetzung des Verfahrens anzuordnen.

Die Dauer der Aussetzung und die Aufnahme des Verfahrens richtet sich nach den Vorschriften der §§ 217, 219, 220; im Falle des Todes ist der die Ladung enthaltende Schriftsatz auch dem Bevollmächtigten zuzustellen.

1. **In § 223 Abs. 1 C. P. O. haben die Worte „im Falle des Todes" nur den Tod der Partei selbst im Auge, nicht auch den Tod des gesetzlichen Vertreters.** Hierfür sprechen sowohl innere Gründe, als auch der Umstand, daß auch zu Anfang dieses Abs. 1 das Wort „Tod" zweifellos nur den Tod der Partei selbst bedeutet, während der Tod des gesetzlichen Vertreters dort mit dem Aufhören der Vertretungsbefugniß desselben unter die Bezeichnung „Wegfall des gesetzlichen Vertreters" zusammengefaßt ist. (R. G. 30. IV. 84.) R. C. XIV. (122.) 436. A. X. (63.) 265.

2. Laut § 223 der Reichs-Civilprozeßordnung tritt im Falle des Todes einer Partei, wenn eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten stattfand, eine Aussetzung des Verfahrens nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag des Bevollmächtigten ein, und haben bei Entscheidung der Frage der Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens durch die Rechtsnachfolger die Vorschriften des § 217 zur Anwendung zu kommen. **Ein richterlicher Ausspruch, daß die Rechtsnachfolger das unterbrochene Verfahren aufzunehmen haben, setzt nach diesen gesetzlichen Bestimmungen voraus, daß Rechtsnachfolger vorhanden sind, und daß die Aufnahme des Verfahrens verzögert wird. — Das Gesetz schreibt nicht vor, daß bei verzögerter Aufnahme des Verfahrens der Gegner alle Rechtsnachfolger zur Verhandlung über die Aufnahme und zur Verhandlung der Hauptsache** laden muß, sondern es muß einerseits diesem überlassen bleiben, welchen unter den Rechtsnachfolgern er laden will, und andererseits wird es auch Sache des geladenen Rechtsnachfolgers sein, die Betheiligung der übrigen Rechtsnachfolger an der Fortsetzung des Rechtsstreites zu veranlassen. Urtheil des obersten L. G. für Bayern v. 1. Juli 1886. S. XI. (181.) 462. 463.

3. **Aussetzung des Verfahrens nach § 223 der C. P. O. auf Antrag des für eine ruhende Erbschaft nach § 55 aufgestellten besonderen Vertreters, wenn die Erbschaft inzwischen angetreten worden ist.** Beschluß des obersten L. G. für Bayern v. 2. April 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 329 S. 467.

Digitized by Google

4. **Aussetzung des Verfahrens bei einem gleichzeitig in verschiedenen Instanzen anhängigen Rechtsstreite.** (R. G. 2. VI. 86.) R. C. XVI. (86.) 352.

§ 224.

§ 224.

Befindet sich eine Partei zu Kriegszeiten im Militärdienste oder hält sich eine Partei an einem Orte auf, welcher durch obrigkeitliche Anordnung oder durch Krieg oder durch andere Zufälle von dem Verkehre mit dem Prozeßgericht abgeschnitten ist, so kann dasselbe auch von Amtswegen die Aussetzung des Verfahrens bis zur Beseitigung des Hindernisses anordnen.

§ 225.

§ 225.

Das Gesuch um Aussetzung des Verfahrens ist bei dem Prozeßgericht anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Gemeinschaftliche Vorschriften über Unterbrechung und Aussetzung. (§§ 226. 227.)

§ 226.

§ 226.

Die Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens hat die Wirkung, daß der Lauf einer jeden Frist aufhört und nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung die volle Frist von neuem zu laufen beginnt.

Die während der Unterbrechung oder Aussetzung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozeßhandlungen sind der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung.

Durch die nach dem Schlusse einer mündlichen Verhandlung eintretende Unterbrechung wird die Verkündigung der auf Grund dieser Verhandlung zu erlassenden Entscheidung nicht gehindert.

§§ 141, 223 Abs. 2, 224, 229, 535.

Abs. 2. Auf diejenigen Wirkungen der Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod des Gegenanwalts, welche nur zur Sicherung der Interessen der betheiligten Partei eingeführt sind, kann diese Partei verzichten. (§§ 226 Abs. 2, 227, 221, 497, 529 der R. C. P. O.) — (R. G. 16. II. 84.) A. IX. (108.) 441. 442.

§ 227.

§ 227.

Die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens und die in diesem Titel erwähnten Anzeigen erfolgen durch Zustellung eines Schriftsatzes.

Da nach § 226 die Wirkung der Unterbrechung des Rechtsstreites darin besteht, daß der Lauf einer jeden Frist aufhört und daß eine während der Unterbrechung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommene Prozeßhandlung der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung ist, so besteht umgekehrt **die Wirkung der Aufnahme des Verfahrens** nur darin, daß die Fristen, welche im Zeitpunkt der Unterbrechung im Laufe begriffen waren, wieder in Lauf gesetzt werden und daß jede der beiden Parteien in die Lage zurückversetzt wird, einen Antrag zur Hauptsache rechtswirksam erheben zu können. Die **Befugniß zur Aufnahme des Rechtsstreites** ist auch nicht bedingt durch den Nachweis eines bezüglichen Interesses der die Wiederaufnahme vornehmenden Partei; dieses Interesse ist stets schon vorhanden in dem Interesse, welches jede Partei an der Beschleunigung der Beendigung des Rechtsstreits hat. Die **Aufnahme kann,** soweit sie überhaupt statthaft ist, **vorgenommen werden in jedem Stadium des Prozesses bis zur rechtskräftigen Beendigung desselben.** (R. G. 23. I. 85.) R. C. XIII. (78.) 317. S. A. XL. bezw. X. (336.) 483.

Digitized by Google

III. Ruhen des Verfahrens.

§ 228. **§ 228.**

Die Parteien können vereinbaren, daß das Verfahren ruhen solle. Die Vereinbarung hat auf den Lauf der Nothfristen keinen Einfluß.

Erscheinen in einem Termine zur mündlichen Verhandlung beide Parteien nicht, so ruht das Verfahren, bis eine Partei eine neue Ladung zustellen läßt.

§§ 485, 520.

Wenn bei dem Ausbleiben einer Partei (Anwaltes) die andere Partei (Anwalt) Anträge nicht stellt und hierauf die Anberaumung eines neuen Termins in Folge neuer Ladung erfolgt, so darf das Gericht die Strafe des § 48 des G. K. G. nicht anwenden. (R. G. 30. IV. 84.) A. X. (71.) 277.

§ 229. **§ 229.**

Gegen die Entscheidung, durch welche auf Grund der Vorschriften dieses Titels oder auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen die Aussetzung des Verfahrens angeordnet oder abgelehnt wird, findet Beschwerde, im Falle der Ablehnung sofortige Beschwerde statt.

§§ 62, 139, 140, 580. Einf.-Gesetz zur C. P. O. § 15 Nr. 1.

1. Unter einer **„Entscheidung, durch welche die Aussetzung des Verfahrens angeordnet wird"**, ist im Sinne dieser Gesetzesbestimmung nicht bloß eine solche zu verstehen, welche direkt ein an sich noch nicht unterbrochenes Verfahren aussetzt (vgl. §§ 223. 224 C. P. O.), sondern auch eine solche Entscheidung, durch welche mittelbar die thatsächliche Aussetzung des Verfahrens herbeigeführt wird, indem sie das Verfahren für unterbrochen erklärt. **Demgemäß ist nach § 229 C. P. O. die Beschwerde auch in Fällen zulässig, wo das Gericht das Verfahren für unterbrochen erklärt hat.** (R. G. 28. X. 85.) R. C. XVI. (79.) 340.

2. **Zulässigkeit der Beschwerde gegen die Zulassung oder Ablehnung der Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens.** Die Zulässigkeit dieser Beschwerde könnte bezweifelt werden mit Rücksicht darauf, daß der § 229 der C. P. O. nur von Anordnung und Ablehnung der Aussetzung des Verfahrens spricht und es sich hier nicht um Aussetzung nach dem streng technischen Begriff der §§ 223, 224 der C. P. O., sondern um die Frage der Unterbrechung und Aufnahme des Verfahrens handelt; daß ferner der Fall des § 530 auch sonst nicht vorliegt, da gegebenen Falls eine mündliche Verhandlung erforderlich war. Allein im Hinblick darauf, daß der § 229, mit welchem der über die Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens handelnde Abschnitt abschließt, ganz allgemein auf die Vorschriften des fünften Titels vom 1. Buch Bezug nimmt; daß ferner eine Entscheidung, durch welche die Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens zugelassen oder abgelehnt wird, thatsächlich gleichfalls eine weitere Aussetzung des Verfahrens verhindert oder herbeiführt, muß angenommen werden, daß durch § 229 auch die Beschwerde gegen Entscheidungen der letzteren Art zugelassen und hiermit für Fälle gegen die Möglichkeit einer Reihe von nichtigen Prozeßhandlungen, ja Eidesleistungen, Schutz gewährt ist. Es hat auch der I. Civilsenat des Reichsgerichtes bereits mit Beschluß vom 28. Oktober 1885, Beschw.-Rep. 73/85, die Zulässigkeit der Beschwerde gegen eine das Verfahren als durch Konkurseröffnung unterbrochen erklärende Entscheidung auf Grund des § 229 C. P. O. ausge-

Digitized by Google

sprochen. (R. G. 24. VI. 86.) R. C. XVI. (88.) 359. 360. R. A. 1886 beſ. Beilage 5 S. 298 ff. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 64 S. 93. 94.

Zweites Buch.
Verfahren in erſter Inſtanz.

Erſter Abſchnitt.
Verfahren vor den Landgerichten.
Erſter Titel.
Verfahren bis zum Urtheil.
I. Erhebung der Klage.

§ 230.

§ 230.

Die Erhebung der Klage erfolgt durch Zuſtellung eines Schriftſatzes.

Derſelbe muß enthalten:

1. die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts;
   § 121 Nr. 1
2. die beſtimmte Angabe des Gegenſtandes und des Grundes des erhobenen Anſpruchs, ſowie einen beſtimmten Antrag;
   § 121 Nr. 3.
3. die Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung des Rechtsſtreits.
   §§ 191 ff., 233.

In der Klageſchrift ſoll ferner der Werth des nicht in einer beſtimmten Geldſumme beſtehenden Streitgegenſtandes angegeben werden, wenn die Zuſtändigkeit des Gerichts von dieſem Werthe abhängt.

Außerdem finden die allgemeinen Beſtimmungen über die vorbereitenden Schriftſätze auch auf die Klageſchrift Anwendung.

1. **Abſ. 1.** Aus dem Begriffe des Rechtsſtreites und aus dem Erforderniſſe des vor der richterlichen Entſcheidung beiden Theilen zu gewährenden Gehörs folgt, daß nicht nur die Parteien, ſondern auch die für die Parteien handelnden Vertreter, verſchiedene Perſonen ſein müſſen, gleichviel ob es ſich um Prozeßbevollmächtigte oder ſonſtige, geſetzliche oder freiwillig beſtellte Vertreter handelt. Daher kann nicht eine und dieſelbe Perſon als Vertreterin beider Parteien und ebenſowenig eine Perſon zugleich als Partei und als Vertreterin der Gegenpartei im Rechtsſtreite auftreten. Dies Erforderniß der Perſonenverſchiedenheit beſchränkt ſich nicht auf die vor Gericht ſtattfindende Verhandlung, ſondern erſtreckt ſich auch auf diejenigen außergerichtlichen Handlungen, welche als nothwendige Vorbereitung der gerichtlichen Verhandlung einen Beſtandtheil des Prozeſſes bilden, wie die Zuſtellung der Klage, mit welcher die Rechtshängigkeit der Streitſache beginnt (§ 235 C. P. O.). **Der Kläger kann daher, ſelbſt wenn er im Allgemeinen zur Vertretung der zu belangenden Perſon in Prozeſſen legitimirt iſt, doch die Zuſtellung ſeiner Klage an die Gegenpartei nicht dadurch bewirken, daß er dieſelbe ſich ſelbſt zuſtellen läßt.** Viel-

Digitized by Google

mehr hat er die Zustellung der Klage an die Gegenpartei selbst oder, wenn sie nicht prozeßfähig ist, an einen anderen Vertreter derselben zu bewirken und falls ein anderer Vertreter nicht vorhanden sein sollte, die behufs Bestellung eines solchen nach bürgerlichem Recht erforderlichen oder durch § 55 C. P. O. gestatteten Schritte zu thun. Wenn das Reichsgericht (Entsch. in Civils. Bd. 6 S. 11) die Möglichkeit anerkannt hat, daß Jemand mit sich selbst als Vertreter eines Anderen einen Vertrag schließe, so folgt hieraus nicht, daß auch die Möglichkeit anerkannt werden müsse, mit sich selbst als Vertreter eines Anderen einen Rechtsstreit zu führen. Denn wenn es beim Abschlusse eines Vertrages ungeachtet entgegengesetzter Interessen der Vertragschließenden als möglich erscheint, die Auffindung eines dem Interesse beider Theile entsprechenden Vertragsinhaltes dem Ermessen einer und derselben Person zu überlassen, so kann doch hiervon nicht die Rede sein, wenn es sich darum handelt, bei eingetretenem Streite die entgegengesetzten Ansprüche behufs richterlicher Entscheidung geltend zu machen. (R. G. 18. X. 82.) R. C. VII. (123.) 404. 405.

2. **Abs. 2. Ziff. 1. Auch ohne vorhergegangene oder gleichzeitige Belangung des Schuldners ist eine Klage zwischen mehreren Forderungsprätendenten zuzulassen, wenn nicht über die Existenz des von dem Schuldner nicht bestrittenen Schuldverhältnisses und seine Verpflichtung zu dessen Erfüllung, sondern nur darüber gestritten wird, wer von den streitenden Theilen in das zwischen dem Schuldner und dem Rechtsvorgänger derselben begründete Schuldverhältniß eingetreten und der zur Geltendmachung des Forderungsrechtes Berechtigte sei.** (O. Bähr in Jhering, Jahrb. für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes Bd. 1 S. 480; Schmid, Grundlehren der Cession Bd. 2 S. 371. 374; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 334; Arndts, Pand. § 256; Seuffert, Archiv Bd. 20 Nr. 69, Bd. 21 Nr. 170, Bd. 22 Nr. 3, Bd. 35 Nr. 89; Entsch. des R. O. H. G.'s Bd. 24 S. 314; Dresdener Entwurf des Obligationenrechtes Art. 334.) Da der Schuldner zur Erfüllung seiner Schuldverbindlichkeit nur verpflichtet erscheint, wenn diese Erfüllung ihn von seiner Verbindlichkeit befreit, dieses aber in der Regel nur dann geschieht, wenn er dem wahren Gläubiger Zahlung leistet, so ist der Schuldner im Falle eines Streites mehrerer Forderungsprätendenten zur Erfüllung nur verpflichtet, wenn rechtskräftig entschieden ist, welchem derselben das Forderungsrecht zusteht. Eine solche Entscheidung kann aber nur erfolgen, wenn die Prätendenten an dem Rechtsstreite theilnehmen, weil die in dem Prozesse des einen gegen den Schuldner erfolgende Entscheidung über dessen Sachlegitimation die anderen Prätendenten nicht binden würde. Wollte man daher den Forderungsprätendenten ein Klagerecht auf Anerkennung und Feststellung ihrer gegenseitigen Berechtigung nicht gewähren, vielmehr sie an den seine Verpflichtung nicht bestreitenden Schuldner verweisen, so würde dadurch nicht allein eine unerwünschte Vervielfältigung der Prozesse herbeigeführt, sondern auch der an diesem Streite völlig unbetheiligte Schuldner genöthigt werden, Prozesse zu führen. Dazu kommt, daß der Schuldner im Falle einer Ungewißheit des Gläubigers berechtigt ist, die geschuldete Sache gerichtlich zu deponiren und dadurch von seiner Verpflichtung sich zu befreien, woraus

Digitized by Google

folgt, daß man den mehreren Prätendenten eine Klage auf Feststellung und Anerkennung ihrer Berechtigung auf die vom Schuldner deponirte Sache gewähren muß. (Ebenso ist erkannt durch Urtheil v. 28. Oktober 1881 i. S. Hannoversche Bank w. Sch. u. Gen. Rep. III. 448/81.) (R. G. 18. X. 82.) R. C. VII. (126.) 420. 421.

3. **Ziff. 2. Die in § 230 Ziff. 2 C. P. O. gegebene Vorschrift:** Der Schriftsatz, durch dessen Zustellung die Erhebung der Klage erfolgt, „muß enthalten: 2) die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruches, sowie einen bestimmten Antrag", **ist obligatorisch.** Die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruches, sowie ein bestimmter Antrag gehören also zu den wesentlichen Bestandtheilen der Klageschrift **und gilt diese Vorschrift für alle Klagen, also auch für die Feststellungsklage des § 231 C. P. O.** (R. G. 28. X. 84.) R. C. XII. (114.) 390. S. hierüber jedoch bei § 231 ad R. C. XII. (114.) 291.

4. Der angeführte § 230 verzeichnet allerdings unter den wesentlichen Erfordernissen einer Klagschrift auch die bestimmte Angabe des Gegenstandes eines erhobenen Anspruchs, damit die verklagte Partei und der Richter genau zu erkennen vermag, was der Kläger verlangt, und seinerzeit der entsprechende Vollzug eines dem Klagantrage stattgebenden richterlichen Urtheils ermöglicht ist. **Jeder etwa künftig noch entstehenden Streitfrage über die Art und Weise des Urtheilsvollzugs vorzubeugen, liegt in manchen Fällen nicht immer in der richterlichen Macht und es würde in manchen Fällen eine in's Einzelne gehende Zergliederung des Leistungsgegenstandes nicht im Stande sein, die Quelle jeder Meinungsverschiedenheit der Parteien über die Art des Vollzuges für die Zukunft vollkommen zu schließen.** Eine derartige Anforderung an den Richter wird auch von dem Prozeßgesetz überhaupt nicht gestellt. Urtheil des obersten L. G. f. Bayern v. 8. April 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (299.) 446. 447.

5. **Für die Beurtheilung einer Klage kommt es nicht allein auf deren Petitum an, es ist vielmehr der ganze Inhalt derselben, Petitum und Begründung, in Betracht zu ziehen.** (R. G. 26. I. 83.) R. C. X. (101.) 342.

6. **Bei dinglichen Klagen muß expressa causa geklagt werden.** Der § 230 Nr. 2 der C. P. O. verlangt von der Klageschrift die bestimmte Bezeichnung des Grundes des erhobenen Anspruches und will hierunter, was nicht zweifelhaft sein kann, die Angabe des sog. Klagegrundes verstanden wissen. Was Klagegrund sei, definirt die Civilprozeßordnung des näheren nicht. Der § 240 a. a. O. gibt nur negative Merkmale für diese Begriffsbestimmung an die Hand, wogegen die §§ 235. 293. 489 die Wirkungen festsetzen, welche mit der vorschriftsmäßigen Erhebung eines Anspruches, bezw. mit der Geltendmachung eines Klagegrundes für das betreffende Prozeßverfahren verbunden sind. Dagegen enthalten die Motive zur Civilprozeßordnung eine Definition des fraglichen Begriffes, indem sie aus Anlaß des § 230 Nr. 2 sich dahin aussprechen, daß **unter Klagegrund diejenigen Thatsachen zu verstehen** seien, **welche an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen.** Diese Erläuterung steht in Uebereinstimmung mit dem Sinne,

Digitized by Google

welchen die Gesetzesworte (§ 230 Nr. 2 a. a. O.) ergeben, und wird überdies nicht unwesentlich unterstützt durch die Vorschrift des § 296 C. P. O. (Vgl. Gaupp, Kommentar Bd. 2 S. 5.) Hieraus folgt, daß auch bei dinglichen Klagen der Entstehungsgrund des streitigen Rechtes einen Theil des Klagegrundes bildet. Die bloße Bezeichnung des dinglichen Rechtes, welches geltend gemacht wird, kann diesem wesentlichen Erfordernisse des Klagegrundes nicht genügen. Damit wird zwar das Rechtsverhältniß, welches der Klage zu Grunde gelegt und aus welchem ein Anspruch abgeleitet ist, seinem Gegenstande und seinem allgemeinen Charakter nach erkennbar gemacht, allein es fehlt die „bestimmte Angabe des Grundes des erhobenen Anspruches", nämlich die Darlegung derjenigen Thatsachen, welche geeignet sind, den Anspruch zu erzeugen und als in der Person des Klägers erwachsen erscheinen zu lassen. Ohne Nennung des Erwerbsgrundes mangelt somit der Regel nach die thatsächliche Substantiirung, welche das Gesetz ebensowohl für die gerichtliche Verfolgung von persönlichen, wie für diejenige von dinglichen Rechten als Erforderniß aufstellt. Dieses Resultat steht mit dem Standpunkte, von welchem der Gesetzgeber bei § 240 C. P. O. ausgeht, nicht im Widerspruche. Wenngleich die Absicht der hier getroffenen prozessualischen Bestimmungen dahin gerichtet ist, Aenderungen am Klagevorbringen in ausgedehntem Maße zu gestatten, so ist doch die Unabänderlichkeit des Klagegrundes in positivster Weise festgehalten und damit zu erkennen gegeben, daß jede Aenderung des Klagegrundes selbst als unzulässige Klagänderung zu erachten sei. (R. G. 4. I. 84.) R. C. X. (142.) 434. 435. A. IX. (76.) 348—350. (R. C. XI. (50.) 242. 243.)

7. **Bei Erhebung einer dinglichen Klage hat der Kläger den speziellen Entstehungsgrund seines Rechtes anzugeben.** Dies folgt aus der Vorschrift des § 230 Ziff. 2 C. P. O., wonach jede Klage die bestimmte Bezeichnung des Grundes des erhobenen Anspruchs enthalten muß. **Dazu reicht die bloße Angabe des Rechtes, welches verfolgt werden soll, nicht aus, sondern es sind diejenigen Thatsachen anzuführen, aus denen das angesprochene Recht hervorgehen soll. Selbstverständlich genügt es aber, wenn bei Eigenthumsklagen die mehreren Erwerbsarten des Eigenthums, auf welche die Vindikation sich etwa stützt, aus dem thatsächlichen Klagevorbringen erhellen, und ist es alsdann Aufgabe des Richters, die behaupteten Thatsachen unter das Gesetz zu stellen und zu entscheiden, ob aus solchen, wenn erwiesen, der erhobene Eigenthumsanspruch zu folgern sei.** (Vgl. Bd. 10 Nr. 142 S. 434.) Die dabei in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkte braucht der Kläger nicht besonders hervorzuheben; es ist nur erforderlich, daß sich aus seinem Vorbringen erkennen läßt, auf welche thatsächliche Momente er seinen Eigenthumsanspruch stützen will. (R. G. 22. II. 84.) R. C. XI. (50.) 242. 243.

8. Nach Abs. 2 Ziff. 2 des § 230 C. P. O. muß zwar die Klage außer der bestimmten Angabe des Gegenstandes und Grundes des erhobenen Anspruches als wesentlichen Bestandtheil auch einen **„bestimmten Antrag"** enthalten. Aber über den Begriff „bestimmt" geben weder die Motive noch die Verhandlungen näheren Aufschluß, und man ist daher bei dessen Erforschung lediglich auf den Zweck dieser Vorschrift angewiesen. Dieser Zweck kann nun aber nur darin bestehen, daß dem Beklagten aus

Digitized by Google

dem Antrage erkennbar sein soll, welches Urtheil vom Kläger begehrt wird, in welcher Richtung mithin der Beklagte sich zu vertheidigen hat oder in welcher Weise er den Rechtsstreit durch freiwillige Leistung des Geforderten zu beseitigen im Stande ist. **Es muß** also allerdings aus dem Klagantrage zunächst **ersichtlich sein, ob eine bloße Feststellung oder die Kondemnation zu einer Leistung verlangt wird.** (Vgl. Seuffert, Kommentar 2. Aufl. S. 272 sub V.) Nicht minder ist auch (mit Struckmann-Koch, Anm. 6 zu § 230 und Wilmowski-Levy, Kommentar) **als ein „bestimmter" Antrag im Sinne des § 230 C. P. O. bei kondemnatorischen Klagen nur ein solcher anzusehen, welcher erkennen läßt, was sowohl qualitiv als auch quantitativ vom Kläger beansprucht wird.** Daraus folgt aber keineswegs mit Nothwendigkeit, daß das Quantum auch bereits beziffert sein müsse. Vielmehr muß es als genügend angesehen werden, wenn nur nach dem Antrage in Verbindung mit den über den Gegenstand und Grund der Klage gemachten Angaben der erhobene Anspruch so individualisirt ist, daß über die Identität desselben ein Zweifel nicht besteht und der Betrag durch richterliches Ermessen (nöthigenfalls mit Hilfe Sachverständiger) festgestellt werden kann, da unter dieser Voraussetzung auch der Beklagte seinerseits in der Lage ist, den Betrag zu berechnen und sein Verhalten demgemäß einzurichten. Es ist daher auch nicht zu billigen, wenn (vgl. Seuffert, Struckmann-Koch a. a. O.) die Ansicht aufgestellt wird, selbst bei Schadens- und ähnlichen Ansprüchen sei eine Klagbitte, durch welche die Verurtheilung des Beklagten zu einer „angemessenen" oder „entsprechenden" Zahlung beantragt wird, unzulässig. Die dafür angezogene Stelle in den Motiven (S. 210), welche sich übrigens nicht auf den § 230, sondern auf § 260 C. P. O. bezieht, spricht nur aus, daß die Parteien sich über den Betrag des Schadens oder Interesses zu erklären haben und hierzu eventuell durch Ausübung des richterlichen Fragerechtes zu veranlassen sind, woraus eher geschlossen werden könnte, daß der Betrag nicht schon in der Klage angegeben zu werden braucht. Auch erscheint es inkonsequent, wenn man gleichwohl andererseits (vgl. z. B. Seuffert a. a. O.) einen Antrag auf eine alternative Leistung, bei welcher der Kläger sich das Wahlrecht zumißt, die Wahl selbst aber sich noch vorbehält, zulassen will. (Vgl. Uebel, Zeitschr. f. deutsch. Civilprozeß Bd. 6 S. 157 ff.) Es kann dahingestellt bleiben, ob im Beihalte des in § 231 C. P. O. für die Feststellungsklage aufgestellten besonderen Erfordernisses ein nach dem vorstehenden „bestimmt" erscheinender Antrag auch dann als zulässig angesehen werden kann, wenn er dahin geht, daß in dem gegenwärtigen Rechtsstreite nur die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung ausgesprochen, die Ermittelung des zu zahlenden Betrages aber einem zweiten Rechtsstreite vorbehalten werde, wie dies für den Fall einer neben der Erfüllung einer Verbindlichkeit nur accessorisch beantragten Verurtheilung zum Ersatze des aus der bisherigen Nichterfüllung erwachsenen Schadens in dem Erkenntnisse des Reichsgerichts vom 13. Dezember 1882 i. S. Gr. M. Kammer w. M. Rep. I. 451/82 allerdings angenommen ist. (R. G. 5. V. 83.) R. C. X. (108.) 355—357. (R. C. X. (136.) 414. 415. (138.) 419. (143.) 435. VIII. (104.) 360.)

9. **Einer auf Ersatz eines in besonderem Verfahren der Höhe nach**

Digitized by Google

festzustellenden Schadens gerichteten Klage fehlt es nicht an der erforderlichen Bestimmtheit des Antrages; denn es wird Ersatz für einen bestimmt angegebenen Nachtheil gefordert. In der gemeinrechtlichen wie in der preußischen Praxis ist die Klage auf eine Leistung in bestimmtem Umfange, vorbehaltlich der Feststellung des Betrages in besonderem Prozesse, als unbedenklich zugelassen. Die Worte des § 230 Nr. 2 C. P. O. ergeben nicht, daß daran etwas habe geändert werden sollen. Auch die Entstehungsgeschichte der Civilprozeßordnung ergibt eine solche Absicht nicht; es ist zwar davon ausgegangen, daß der § 231 a. a. O. die Präjudizialklagen und die Provokationsklagen durch die Feststellungsklage hat ersetzen sollen. Daß dadurch aber die Leistungsklage vorbehaltlich der Feststellung der Höhe des Anspruches in besonderem Prozesse hätte beseitigt werden sollen, ist nirgends ausgesprochen. Die Unzulässigkeit solcher Klage nach der Civilprozeßordnung kann um so weniger angenommen werden, als diese andere Klagen auf Leistungen mit einem Antrage, der eine unmittelbare Vollstreckung nicht ermöglicht, zuläßt, so nach § 664 a. a. O. eine Verurtheilung zu einer Leistung, vorbehaltlich des noch zu führenden Beweises für Thatsachen, und die Verurtheilung zu Handlungen unbeschadet des Rechtes des Gläubigers die Leistung des Interesses zu fordern, nach § 778, und auch im § 276 a. a. O. dem Richter gestattet, über den Grund der Klage vorab zu entscheiden, womit gerade das erreicht wird, was mit einer Klage der fraglichen Art bezweckt wird. (R. G. 19. XII. 83.) R. C. X. (136.) 414. 415. (R. C. VIII. (104.) 360. X. (108.) 353. (143.) 435.)

10. Wenn ein Anspruch seinem Grunde nach streitig ist, gewinnt der Betrag desselben praktische Bedeutung erst, sobald der Grund gerichtlich festgestellt ist. Auch wird sich insbesondere bei Schadensansprüchen der Umfang und Geldwerth des zu ersetzenden Schadens zur Zeit der Klagerhebung häufig mit Sicherheit noch gar nicht bestimmen lassen, während die Existenz eines Schadens an sich unzweifelhaft ist. Es würde daher, zumal im Hinblick auf die nach der Bestimmung des § 240 C. P. O. Ziff 2 dem Kläger gestattete Erweiterung oder Beschränkung des Klageantrages eine ganz nutzlose Formalität sein, welche als dem Willen des Gesetzgebers entsprechend nicht angesehen werden kann, wenn man in solchen Fällen verlangen wollte, daß der Klagantrag bereits eine genaue Bezifferung der Summe enthalte, in welche der Beklagte zu verurtheilen sei. **Die Zulassung einer Klage auf Verurtheilung des Beklagten zum Ersatze eines zwar noch nicht bezifferten, aber in demselben Rechtsstreite auch seinem Betrage nach festzustellenden Schadens ist hiernach, soweit die thatsächlichen und rechtlichen Grundlagen zur Bezifferung des Anspruches durch die Klage gegeben sind, sodaß dieser dadurch als genügend individualisirt erscheint, nicht zu beanstanden.** Von einer auf diese Weise herbeigeführten unstatthaften Erweiterung der Feststellungsklage über die in § 231 für dieselbe aufgestellte Voraussetzung hinaus und von einer unzulässigen Zerlegung des Rechtsstreites in einen Vor- und einen Hauptprozeß kann nicht die Rede sein, wenn die Verurtheilung des Beklagten in eine bestimmte Leistung und nur zunächst die Beschränkung der Verhandlung und Entscheidung auf den Grund des Anspruches beantragt wird, zu welcher letzteren das Gericht durch § 276 C. P. O. ausdrücklich ermächtigt ist. (R. G. 5. V.

Digitized by Google

83.) R. C. X. (108.) 357. 358. (R. C. X. (136.) 414. 415. (138.) 419. (143.) 435. VIII. (104.) 360.)

11. **Zur Einklagung entgangenen Gewinnes ist die Aufmachung einer spezifizirten Rechnung nicht erforderlich.** (R. G. 26. IX. 83.) S. hierüber § 260 ad R. C. X. (130.) 405. A. VIII. (114.) 435. 436.

12. **Einer Klage auf Rechnungsstellung kann nur durch Vorlage eines nach Form und Inhalt deutlichen und erschöpfenden, mit Zahlungsbelegen versehenen Verzeichnisses über Einnahmen und Ausgaben Genüge geleistet werden.** Die Rechnung soll dem Rechnungsherrn nach L. 2 Dig. (3, 5) und L. 1 pr. Dig. (27, 3) genau darlegen, was der Rechnungssteller in Bezug auf die für ihn geführten Geschäfte gethan hat; sie soll demselben einen klaren Einblick in die Führung dieser Geschäfte, von welcher er keine Kenntniß hat, und die Möglichkeit einer Prüfung, ob und wie derselbe seinen diesfallsigen Obliegenheiten nachgekommen ist, verschaffen. Diesen Zweck muß der Rechnungsherr mit der gestellten Rechnung erreichen können und nur insoferne dies der Fall ist, kann ein Verzeichniß über die Einnahmen und Ausgaben, welche der Rechnungssteller in Führung fremder Geschäfte gemacht haben will, als Erfüllung der Rechnungsablagepflicht angesehen werden. In verschiedenen oberstrichterlichen Entscheidungen — vgl. Schletter's Jahrbücher Bd. 7 S. 326; Seuffert's Archiv Bd. 5 Nr. 83, Bd. 10 Nr. 63, Bd. 20 Nr. 225 und Bd. 32 Nr. 229, sowie in Seuffert's Kommentar zur bayerischen Gerichtsordnung, 2. Aufl. Bd. 3 S. 333 — ist anerkannt, daß, wenn die gestellte Rechnung so verfehlt oder verworren ist, daß man nicht entsprechende Erinnerungen ziehen kann, wenn sie an Mängeln in der Form leidet oder sich äußerlich nicht als vollständig darstellt, so daß sie als eine eigentliche Abrechnung nicht angesehen werden kann, Stellung einer neuen Rechnung gefordert werden kann. S. hierüber (B. O. L. 22. XI. 81.) S. IX. (116.) 364. 365 ff. (S. auch noch Bd. II. S. 898 dieser Sammlung.)

13. **Es ist prozessualisch zulässig, den auf Verurtheilung zur Vertragserfüllung gerichteten prinzipalen Klagantrag im Laufe der Verhandlung fallen zu lassen und nur den eventuellen Antrag auf Verurtheilung zur Leistung des Interesses aufrecht zu erhalten, ohne zugleich das Interesse näher zu liquidiren und zu beziffern.** Würde der Kläger allein seinen prinzipalen Klagantrag stellen und bei demselben verbleiben, so müßte die Verurtheilung des Beklagten in Gemäßheit desselben zur Vertragserfüllung ausgesprochen werden. Wenn nun aber ein solches Urtheil mit Erfolg nicht vollstreckt werden kann (vgl. §§ 690. 712. 713. 745. 747. 771 ff. C. P. O.), so bleibt dem Kläger nichts Anderes übrig, als nach § 778 C. P. O. demnächst seinen Anspruch auf Leistung des Interesses, in welchen sich der Anspruch auf Vertragserfüllung durch die von dem Schuldner rechtswidrig herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung selbst verwandelt, im Wege einer neuen Klage geltend zu machen. Genau dasselbe Resultat wird nun aber dadurch herbeigeführt, daß der Kläger schon im Laufe des ersten Rechtsstreites seinen prinzipalen Klagantrag fallen läßt und statt dessen schon jetzt die Verurtheilung des Beklagten zum Schadensersatze beantragt. Dadurch, daß der Kläger den ihm zu ersetzenden Schaden (sein Interesse) nicht zugleich quanti-

Digitized by Google

fizirt, sondern sich dessen Liquidation (in einem zweiten Rechtsstreite) vorbehält, erwächst dem Beklagten keinerlei Nachtheil. (S. hierüber noch R. C. X. (138.) 421. 422.) Es kann sich nur noch fragen, ob es dem in § 230 Ziff. 2 C. P. O. aufgestellten Erfordernisse eines „bestimmten" Antrages entspricht, wenn in einem solchen Falle der allein aufrechterhaltene Antrag auf Verurtheilung zum Ersatze des Interesses nicht zugleich quantifizirt wird. Diese Frage ist aber unbedenklich zu bejahen, wenn der prinzipale Antrag auf wirkliche Vertragserfüllung vollständig erkennbar machte, was Kläger von dem Beklagten verlangt. Denn der Beklagte, welcher weiß, wodurch er den Kläger klaglos zu stellen vermag, kann, wenn er die schuldige Vertragserfüllung dem Kläger auch im Prozesse verweigert und durch sein Verschulden dem Kläger Veranlassung gibt, von seinem Rechte, zur Forderung des Interesses anstatt der eigentlichen Vertragserfüllung überzugehen Gebrauch zu machen, unmöglich verlangen dürfen, daß der Kläger dieses Interesse nunmehr auch sofort speziell darlege und beziffere, da einestheils der Kläger hierzu möglicherweise augenblicklich noch gar nicht im Stande ist und doch vernünftigerweise mit seiner materiell völlig begründeten Klage deßhalb allein nicht abgewiesen werden darf, und da es anderentheils für den Beklagten unerheblich ist, ob Kläger den, in Ermangelung einer gütlichen Vereinigung der Parteien in beiden Fällen noch erforderlichen zweiten Rechtsstreit durch die Aufrechterhaltung seines prinzipalen Antrages auf wirkliche Vertragserfüllung oder durch die Beschränkung seines Anspruches auf den Ersatz des Interesses vorbehältlich der Liquidation des letzteren, herbeiführt. (R. G. 24. X. 83.) R. C. X. (138.) 418—423.

14. **Bei Verschiedenheit der thatsächlichen Klagfundamente kann entscheidendes Gewicht nicht darauf gelegt werden, ob die geschehene Aenderung der Klagbegründung eine Aenderung der Rechtsvertheidigung des Beklagten mit sich bringe oder nicht,** was sich ohnehin oft nicht mit Sicherheit beurtheilen läßt (Struckmann und Koch, C. P. O. § 240 Anm. 2). Urtheil des O. L. G. zu Celle vom 13. Juli 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 155. S. 223.

15. Die Frage: **ob die Einführung eines neuen Erwerbsgrundes bei dinglichen Klagen als unzulässige Klagänderung anzusehen sei?** ist gegen Petersen in Busch, Zeitschr. f. d. Civ.-Proz. Bd. 3 S. 385 ff. und Wach, Vortr. S. 22, im Anschluß an Freudenstein, die Rechtskraft nach der C. P. O. S. 129 ff., bes. S. 138, Struckmann und Koch, Komm. zu § 230 unter 5 und zu § 240 unter 2 (4. Aufl. S. 230, 252), v. Wilmowsky und Levy, Komm. zu § 230 unter 5 (3. Aufl.), sowie in Uebereinstimmung mit der jüngst getroffenen Entscheidung des R. G., Entsch. Bd. 10 S. 434 (in Seuffert, Arch. Bd. 39 Nr. 145), zu bejahen. Wenn § 230 Ziff. 2 der C. P. O. von der Klagschrift die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs verlangt, so kann unter „Grund des erhobenen Anspruchs" sowenig wie unter dem „Klaggrunde" des § 240 lediglich die Nennung des geltend gemachten Rechts (Eigenthum, Servitut, Pfandrecht u. s. w.) verstanden werden. Eine solche Bezeichnung würde überhaupt nichts Anderes bedeuten, als die Subsumtion der Wirkungen, welche von Rechts-

Digitized by Google

wegen an gewisse Thatsachen geknüpft sind, unter eine bestimmte juristische Kategorie; nicht anders, als wenn auf obligationsrechtlichem Gebiet allgemein das Recht des Klägers, vom Beklagten Schadensersatz zu fordern, behauptet werden sollte. Eine derartige allgemeine Subsumtion ohne gleichzeitige Angabe der Thatsachen, welche jene Bezeichnung rechtfertigen sollen, d. h. ohne Geschichtserzählung, wäre schon nach gemeinem Recht seit der Bestimmung des J. R. A. § 34 ungenügend gewesen; auch für das heutige Prozeßrecht kann sie nicht als zulässig erscheinen. Wie die Motive zur C. P. O. besagen, umfaßt der Klaggrund die sogenannten Klagthatsachen, d. h. „diejenigen Thatsachen, welche nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen — die rechtsbegründenden Thatsachen". Die letzteren bilden den „Grund des erhobenen Anspruchs", die Substituirung anderer rechtsbegründender Thatsachen im Lauf des Prozesses würde demgemäß als eine unzulässige Klagänderung erscheinen. Urtheil des O. L. G. in Jena (1. Sen.) vom 15. Sept. 1884, Blätter f. Rechtspfl. in Thüringen ꝛc. Bd. 32 S. 156 ff. S. A. XLI. (65.) 99. 100. S. auch noch Entsch. des R. G. v. 4. Januar 1884 in S. A. XXXIX. bezw. IX. (145.) 214. 215.

16. **Unzulässige Aenderung der Eigenthumsklage durch Benennung eines anderen Auktors.** Es handelt sich hier nicht um eine bloße Berichtigung der früheren thatsächlichen Anführungen, in denen bei Erhebung der Klage etwa eine bloße falsa demonstratio vorgekommen wäre, sondern der Kläger hat die Identität des früher behaupteten thatsächlichen Erwerbsgrundes selbst, eines wesentlichen Theils seines Klagfundaments, verlassen und demselben einen andern substituirt. Sowenig die Behauptung eines Klägers, von dem A. gekauft und tradirt erhalten zu haben, ohne Aenderung des Klaggrundes später durch die Behauptung ersetzt werden kann, daß ihm die Sache von dem B. verkauft und tradirt sei, ebensowenig ist es hier zulässig. Urtheil des O. L. G. zu Celle vom 13. Juli 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 155 S. 222.

17. **Die Klage auf Scheidung von Tisch und Bett ist nach gemeinem protestantischem Kirchenrechte nicht durch die völlige Schuldlosigkeit des klagenden Ehetheiles bedingt.** (R. G. 17. XI. 83.) R. C. XI. (92.) 367. 368. A. IX. (35.) 173.

18. **Klagerhebung vor der Zeit. Fälligkeit der Klagforderung zur Zeit des Urtheils.** Urtheil des O. L. G. zu Celle v. 22. Okt. 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 153 S. 219 f.

19. **Ziff. 3. Eine ohne vorgängige Ansetzung des Termines erfolgte Ladung (§§ 230. 305. 479. 515 C. P. O.) macht die Sache in der Instanz nicht anhängig.** (R. G. 13. VII. 83.) S. hierüber bei § 479 Abs. 3 ad R. C. IX. (113.) 388. 389.

20. Die Klage muß das enthalten, was im § 230 der C. P. O. vorgeschrieben ist. In dem Abs. 2 Nr. 1—3 sind die wesentlichen Bestandtheile der Klageschrift aufgezählt. Fehlt es an einem derselben, so können die Wirkungen, welche die Prozeßordnung an die Erhebung der Klage knüpft, nicht eintreten, insbesondere wird dann keine Rechtshängigkeit der Streitsache durch Zustellung der Klage begründet. (Vgl. Motive

Digitized by Google

der C. P. O. zu dem mit § 230 übereinstimmenden § 222 des Entwurfs S. 464.) Der § 230 Nr. 3 der C. P. O. verlangt nun, daß in der Klagschrift die Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits enthalten sei. Eine nähere Erklärung des Worts „**Ladung**" ist an diesem Ort nicht gegeben. Ueber Inhalt und Bedeutung der Ladung ergibt sich das Nähere aus den Bestimmungen der §§ 191 ff. der C. P. O. Schon die unmittelbare Wortverbindung in § 191: „die Ladung zu einem Termin erfolgt durch die Partei" u. s. w. deutet darauf hin, daß Ladung und Terminsbestimmung in nothwendigem Zusammenhang stehen. Die Aufforderung, vor dem Prozeßgericht zu erscheinen, an sich ist für den Beklagten völlig bedeutungslos, da er aus ihr nicht entnehmen kann, wann er erscheinen soll. **Die Verfügung des Vorsitzenden, in welcher der Termin angesetzt wird, ist ein nothwendiges Zubehör der Ladung; durch die Terminsbestimmung erhält dieselbe erst rechtliche Bedeutung.** Allerdings ist in § 191 unter Ladung die von der Partei ausgehende Aufforderung an die Gegenpartei, in einem Termin zu erscheinen, verstanden, nicht aber diejenige Ladung im juristisch-technischen Sinn des Wortes, wie sie der § 230 bezw. § 191 der C. P. O. vorschreibt. Die Bedeutung dieser Ladung ist in den Motiven zu dem mit § 191 gleichlautenden § 184 des Entwurfs dahin erläutert: „die Zustellung der Klage oder eines anderen Schriftsatzes ist sowenig wie eine Ladung zu einem nicht bestimmten Termin von rechtlicher Bedeutung für den Gegner". Dieser Auffassung der Motive ist während der Verhandlungen in den gesetzgebenden Körpern von keiner Seite widersprochen worden. Eine an dem Erforderniß einer ausdrücklich erklärten Ladung mit aller Strenge festhaltende Praxis hat sich bereits in der Judikatur des höchsten Gerichtshofes zu erkennen gegeben (vgl. Entsch. des R. G. Bd. 2 Nr. 111, abgedr. in Seuffert, Archiv Bd. 36 Nr. 162). Auf Grund dieser Erwägungen muß man zu der Ansicht gelangen, daß eine Ladung zu einem noch zu bestimmenden Termin keine rechtliche Bedeutung hat, vielmehr die vorherige Einwirkung der präsidialen Terminsbestimmung und deren gleichzeitig mit dem Schriftsatz zu bewirkende Zustellung eine nothwendige Voraussetzung der rechtlich wirksamen Klagerhebung ist. (Vgl. Struckmann und Koch, C. P. O. § 193 Anm. 5; v. Bülow, § 191 Anm. 2, § 193 Anm. 5; Seuffert, § 191 Anm. 1.) Urtheil des O. L. G. zu Celle vom 3. Juni 1882. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 62 S. 98. 99.

21. **Abweisung der Klage wie angebracht wegen unterlassener Angabe des gerichtlich bestimmten Termines in der dem Beklagten zugestellten Abschrift der Klageschrift.** (Vgl. Bd. 9 R. C. Nr. 113 S. 388.) Eine derartige Zustellung ist keine Erhebung der Klage im Sinne der Civilprozeßordnung. Nach § 230 erfolgt die Klagerhebung durch Zustellung eines Schriftsatzes, welcher die daselbst Abs. 2 Nr. 1—3 bezeichneten nothwendigen Bestandtheile, insbesondere nach Nr. 3 die Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreites enthält. Es unterliegt keinem Zweifel, daß hierunter die Ladung zu einem bestimmten, gemäß § 193 bei dem Prozeßgerichte festgesetzten, dem Beklagten gemäß § 191 durch Aufnahme in die Klageschrift bekannt zu machenden Termine zu verstehen ist. Die Zustellung einer Klage ohne Terminsbestimmung

Digitized by Google

genügt nicht, um die Sache rechtshängig zu machen. Es liegt schon im Wesen einer Ladung, daß außer der ladenden und geladenen Person auch der Ort, wohin, und die Zeit, auf welche geladen wird, bekannt gegeben werden. Auch die Civilprozeßordnung in ihren Bestimmungen über Ladungen, Termine und Fristen, §§ 191 ff., kennt nur „die Ladung zu einem Termine". „Das letzte nothwendige Requisit einer jeden Klageschrift," bemerken die Motive zu dem angeführten § 209 S. 304, „ist die Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreites; die Bedeutung dieser Ladung ergibt sich aus anderen Vorschriften des Entwurfs, §§ 117 ff." Der hierdurch in Bezug genommene § 117 entspricht wörtlich dem § 191 der Civilprozeßordnung, und die Motive zu ersterem S. 298 erläutern die Ladung zu einem Termine als „die an die zu ladende Person gerichtete Aufforderung, in dem Termine zu erscheinen". Die Zustellung einer Klageschrift, welche keine Mittheilung über den angesetzten Verhandlungstermin, also keine Ladung zu einem Termine enthält, ist hiernach keine Erhebung der Klage. **Wenn nach einer derartigen Zustellung in dem angesetzten Termine der Kläger den Klaganspruch mündlich unter Stellung des entsprechenden Antrages erhebt, so vermag dies mündliche Vorbringen an sich im landgerichtlichen Verfahren den Mangel ordnungsmäßiger Klagerhebung nicht zu heilen, wenngleich der Beklagte im Termine erschienen ist und durch das mündliche Vorbringen des Klägers Kenntniß von der beabsichtigten Rechtsverfolgung erlangt hat.** Nur im amtsgerichtlichen Verfahren ist die Erhebung der Klage durch mündlichen Vortrag derselben ohne vorgängige Ladung und Terminsbestimmung gestattet (§§ 461. 471). Im landgerichtlichen Verfahren dagegen kann zwar in einem bereits anhängigen Rechtsstreite die Erweiterung der Klage und die Erhebung einer Widerklage ohne Ladung mit Terminsbestimmung stattfinden (§§ 240. 251. 253), nicht aber die Erhebung der Klage, durch welche die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet wird, indem unter Erhebung der Klage im § 235 nur eine dem § 230 entsprechende Klagerhebung zu verstehen ist. **Ob auf die mündlich vorgetragene Klage verhandelt und entschieden werden kann, hängt von dem Verhalten des erschienenen Beklagten ab. Tritt derselbe in die Verhandlung über die Klage ein, ohne die mangelhafte Klagezustellung zu rügen, so ist der Mangel derselben nach § 267 gehoben; eine Abweisung der Klage von Amtswegen wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung ist in diesem Falle unzulässig,** wie auch die Motive zu den §§ 238. 239 des Entwurfes der C. P. O. bei Rechtfertigung der Nichtaufnahme des Einwandes der nicht ordnungsmäßigen Ladung unter die prozeßhindernden Einreden unterstellen. **Wenn dagegen der erschienene Beklagte die Abweisung der Klage wegen des Mangels ordnungsmäßiger Klage fordert, so kann das Prozeßgericht nicht umhin, diesem Antrage zu entsprechen. Ebenso verhält es sich, wenn der im Verhandlungstermine nicht erschienene Beklagte nach ergangenem Versäumnißurtheile und eingelegtem Einspruche in dem zur Verhandlung über den Einspruch und über die Hauptsache bestimmten Termine erscheint und die Abweisung der Klage mangels ordnungsmäßiger Ladung beantragt, da der Rechtsstreit durch den Einspruch nach § 307 in die Lage zurückversetzt wird, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumniß befand.** Es ist in

Digitized by Google

einem solchen Falle die Klage abzuweisen, wenn nicht der Mangel ordnungsmäßiger Ladung des Beklagten durch Verzicht desselben auf dessen Geltendmachung oder durch Nachholung der ordnungsmäßigen Klagzustellung von Seiten des Klägers gehoben wurde. (Für den Fall eines Einspruches und einer Berufung s. bei §§ 305 u. 479 ad R. C. XIII. (83.) 337—339.) — (R. G. 21. VI. 84.) R. C. XIII. (83.) 334—337. R. A. 1884 bes. Beil. 7 S. 6 u. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 63 S. 99 ff.

22. **Abs. 3. Für die Höhe des Ansatzes der Verhandlungs- und Entscheidungsgebühr in einer Streitsache ist die Werthsberechnung des jeweilig vorhandenen wirklichen Streitgegenstandes, also nicht immer des Klagegegenstandes, maßgebend.** Für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit ist bei vermögensrechtlichen Ansprüchen nach § 4 der Reichs-Civilprozeßordnung die Werthsberechnung des Streitgegenstandes im Zeitpunkte der Erhebung der Klage entscheidend, welche nach § 230 a. a. O. durch Zustellung der Klageschrift erfolgt, und wird die Zuständigkeit durch eine im Laufe des Prozesses eintretende Aenderung des Werthes nicht berührt, § 535 Ziff. 2 a. a. O. Die in Rede stehende Gerichtsgebühr dagegen wird nach Maßgabe der §§ 8, 18 des Reichs-Gerichtskostengesetzes nach dem Werthe des Streitgegenstandes erhoben, welcher im Zeitpunkte des Erlasses des gebührenpflichtigen Aktes besteht. Die Merkmale des Streitgegenstandes im Sinne der angeführten Stelle der Reichs-Civilprozeßordnung und des Streitgegenstandes im Sinne des Reichs-Gerichtskostengesetzes sind nicht die nämlichen, da während des Prozesses an dem ersteren z. B. durch Zahlung oder Vergleich Aenderungen eintreten können, welche eine mehr oder minder erhebliche Abweichung von dem letzteren bewirken. Die Frage nun, wie auf einen solchen Fall die Vorschrift des § 15 des Reichs-Gerichtskostengesetzes anzuwenden sei, bildete in der zur Vorberathung dieses Gesetzes gewählten Reichstags-Kommission den Gegenstand eingehender Erörterungen, deren von dem Regierungsvertreter gebilligtes Ergebniß dahin zusammenzufassen ist, daß der von dem Prozeßgerichte zur Entscheidung über die Zuständigkeit angenommene Werth bei Berechnung der in § 18 a. a. O. vorgesehenen Gebühr unbedingt nur dann in Ansatz gebracht werden soll, wenn zwischen dem zur Zeit der Klagerhebung bestandenen und dem späteren Streitgegenstande Gleichheit herrscht. Hierbei wurde von dem Regierungsvertreter besonders betont, daß nach der Absicht des Entwurfes von der Verhandlungsgebühr nur derjenige Theil des Anspruches betroffen werden soll, rücksichtlich dessen ein wirklicher Streit unter den Parteien bestehe, und daß bezüglich der Entscheidungsgebühr die Frage, was als Gegenstand der Entscheidung zu gelten habe, eine Thatfrage sei. Protokoll der Reichs-Justizkommission vom 7. Mai 1878 Bd. IV S. 1515. Diese einschränkende Auslegung, welche ihre innere Begründung in dem prozessualen Unterschiede zwischen Klagegegenstand und Streitgegenstand im engeren Sinne findet, hat bei Anwendung des § 15 des Reichs-Gerichtskostengesetzes zur Richtschnur zu dienen. (B. O. L. 12. IV. 82.) S. IX. (191.) 583—585.

23. **Bemessung der Höhe von Anwaltsgebühren bei Erhebung einer Klage auf Bezahlung einer Jahresprämie aus einem bestrittenen Versicherungsvertrage.** S. hierüber einen Fall (B. O. L. 22. IX. 82.) S. IX. (226.) 669. 670.

Digitized by Google

§ 231.

§ 231.

Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung der Unechtheit derselben kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältniß oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.

§§ 29, 89, 253. Konk.-Ordn. §§ 222 ff.

1. **Die sogen. Provokationsklagen (ex lege diffamari und ex lege si contendat) sind durch die Bestimmung des § 231 der C. P. O. überflüssig geworden.** (B. O. L. 3. XI. 81.) S. IX. (99.) 323.

2. **Nach den Motiven zu § 231 der C. P. O. soll die Feststellungsklage auch dazu dienen, die gemeinrechtlichen Provokationen überflüssig zu machen.** Sie erfüllt diesen ihren Zweck aber nur, wenn sie stets da gegeben ist, wo nach dem früheren gemeinen Prozeßrecht eine Provokation zur Klage gestattet war. Der entgegenstehenden Ansicht des R. G. in der Entscheidung (Bd. 10 S. 369) kann nicht zugestimmt werden, weil die Begründung, daß der rein wirthschaftliche Nachtheil, welcher durch die Berühmung mit einem Anspruch dem davon Betroffenen erwächst, und das dadurch begründete ökonomische und finanzielle Interesse an der Feststellung das von dem § 231 geforderte rechtliche Interesse nicht zu ersetzen vermöge, nicht zutreffend ist. Wo durch die Berühmung mit einem Anspruch ökonomische und finanzielle Interessen geschädigt werden, ist mit der dadurch verursachten Beeinträchtigung der allgemeinen Vermögenslage auch zugleich das rechtliche Interesse an gerichtsseitigem Schutz gegen solche Beeinträchtigung durch Feststellung der Unbegründetheit des berühmten Anspruchs gegeben (vgl. Weismann Feststellungsklage S. 158). Urtheil des O. L. G. zu Hamburg v. 8. Jan. 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (167.) 259.

3. **Die Berechtigung zur Anstellung der durch den § 231 für zulässig erachteten Klage kann einer prozeßfähigen Person, soweit ihre materiellrechtliche Befugnisse reichen, durch das Landesrecht nicht entzogen werden.** (R. G. 15. III. 81.) R. C. IV. (103.) 374. 375.

4. **Der § 231 umfaßt nicht alle Klagen, deren Antrag nicht auf eine unmittelbar vollstreckbare Verurtheilung geht.** (R. G. 19. XII. 83.) R. C. X. (136.) 414. 415. S. bei § 230 Nr. 2 eodem.

5. **Verhältniß der Feststellungsklage nach § 231 und der Widerspruchsklage nach § 690 der C. P. O. unter einander und zu entsprechenden Klagen des gemeinen Rechts im Fall eines Streits unter mehreren Forderungsprätendenten.** Urtheil des Reichsgerichts v. 10. März 1887. S. A. Bd. 42. bezw. 12. Nr. 187 S. 263 f.

6. **Widerklage gegen eine nach Maßgabe des § 134 K. O. erhobene Feststellungsklage.** (R. G. 18. I. 86.) R. C. XVI. (22.) 116.

7. Der Satz, der Antrag sei nur dann ein bestimmter im Sinne des § 230 C. P. O., wenn er deutlich erkennen lasse, was der Kläger qualitativ und quantitativ fordere, ist für die auf Verurtheilung zu einer bestimmten Leistung gerichteten, für die kondemnatorischen Klagen im allgemeinen zutreffend, ohne daß es jedoch nothwendig ist, daß das Quantum schon in der Klage beziffert ist. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 10 Nr. 108 S. 355, Nr. 136 S. 411, Nr. 138 S. 422). Allein für die nur auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines

Digitized by Google

Rechtsverhältnisses gerichteten Klagen gilt derselbe nicht. **Zur bestimmten Angabe des Gegenstandes des erhobenen Anspruches und zur Bestimmtheit des Antrages gehört hier nur die bestimmte Bezeichnung und Angabe des unter den Parteien streitigen Rechtsverhältnisses, dessen Existenz oder Nichtexistenz durch das Gericht festgestellt werden soll, und ein Antrag aus dem hervorgeht, daß der Kläger die Feststellung dieses Rechtsverhältnisses verlangt.** (R. G. 28. X. 84.) R. C. XII. (114.) 391. S. A. XL. bezw. X. (315.) 453 ff. R. A. 1885 bes. Beil. 1 S. 22 ff.

8. **Eine Feststellungsklage ist nicht ohne Weiteres als die beschränktere (das minus) in der Klage auf Erfüllung mit enthalten anzusehen.** Vielmehr verfolgen beide Klagen an sich verschiedene Zwecke und sind an verschiedene Voraussetzungen geknüpft. S. A. Bd. 38 bezw. 8. Nr. 35 S. 56.

9. **Bei der negativen Feststellungsklage ist es unzulässig, dem unbegründeten allgemeinen Ausspruche einen für begründet erachteten, aber nicht geforderten engeren Ausspruch zu substituiren.** (R. G. 24. VI. 84.) R. C. XIV. (24.) 104.

10. **Zulässigkeit der Ueberleitung einer Feststellungsklage in eine Klage auf Erfüllung.** Vom R. O. H. G. Entsch. Bd. 16 S. 129 ist freilich solche Zulässigkeit noch verneint worden. Nach § 240 der C. P. O. ist sie indessen schwerlich zu beanstanden. Denn der Klaggrund der Feststellungsklage ist genau derselbe wie bei der auf Condemnation gerichteten Klage. Wird die Feststellungsklage für begründet erkannt, oder als sachlich unbegründet abgewiesen, so macht diese Entscheidung auch für die nachfolgende kondemnatorische Klage Rechtskraft hinsichtlich des Bestehens oder Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses. Man kann daher der Ausführung Bährs nur beipflichten, wonach Klagen auf Feststellung, Erfüllung und Entschädigung nur Klagen auf ein und dasselbe Recht sind, je nach den verschiedenen Erscheinungen seiner Verletzung, indem sie dem Stadium der drohenden, der gegenwärtigen und der bereits unwiderruflich vollendeten Verletzung entsprechen, und daher auch der Prozeß je nach der thatsächlichen Entwickelung, welche im Lauf desselben die Rechtsverletzung aufweist, aus einem Stadium in das andere übergehen kann. (O. Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 158; vgl. auch Seuffert's Archiv Bd. 20 Nr. 7 Note). Urtheil des O. L. G. zu Hamburg v. 18. Febr. 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 87 S. 135. 136.

11. **Der Ersatz einer Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses im zweiten Rechtszuge durch die eventuell bereits erhobene, aber nicht zur Verhandlung gebrachte Klage auf Leistung aus dem strittigen Rechtsverhältnisse ist unzulässig.** Es könnte dies nur dann der Fall sein, wenn der mit jener Klage erfolgte Anspruch durch die Berufung gegen das erstinstanzielle Urtheil an die II. Instanz devolvirt ist. Die Devolution des Rechtsstreites geht über den Rahmen des erstinstanziellen Urtheils nicht hinaus d. h. über den zu- oder aberkannten Anspruch. (Endemann, deutsche Civilprozeßordnung Bd. II. S. 428—29). Damit ist ausgesprochen, daß die Berufung und die Devolution der Sache niemals weiter reichen kann, als das Gericht I. Instanz über den Anspruch mit Rücksicht auf die Wirkung der Rechtskraft wirklich entschieden hat. (B. O. L. 22. IV. 84.) S. X. (148.) 406. 407.

Digitized by Google

12. **Aus der Gestaltung von Feststellungsklagen folgt nicht die allgemeine Zulässigkeit des Vorbehalts einer Liquidationsinstanz.** Allerdings gestattet § 231 der C. P. O. eine Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, aber nur als Ausnahme unter einer bestimmten Voraussetzung. Die Regel bleibt immer, daß die Klage nicht allein den Grund, sondern auch den Gegenstand des Anspruchs und den aus beiden sich bildenden Antrag enthalten muß (§ 230 Z. 2 der C. P. O.). Als Voraussetzung der Ausnahme ist bestimmt, daß der Kläger ein rechtliches Interesse daran habe, daß das Rechtsverhältniß durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. An dieser Voraussetzung muß strikt festgehalten werden, soll eine ungebührliche Vervielfältigung der Prozesse vermieden werden. Denn jedenfalls ist ein großer Theil der klagbar zu machenden Ansprüche sowohl ihrem Grunde als ihrem Betrage nach streitig; würde es also unbedingt gestattet, in solchen Fällen eine Klage auf Feststellung des Grundes vorausgehen zu lassen, so würden meistens nutzlos zwei Prozesse entstehen, während es in der That nur eines bedürfte. Bei der obigen Regel aber muß es umsomehr bleiben, weil der Beklagte zu erfahren berechtigt ist, was von ihm gefordert wird, schon um im Stande zu sein, durch Zahlung des Geforderten dem erhobenen Prozeß ein Ende zu machen. Die Feststellungsklage aus § 231 der C. P. O. ist als ein besonderer Rechtsbehelf aufgestellt und dieser kann nicht willkürlich verlassen und in eine andere Klage übergeleitet werden. Es handelt sich hier nicht bloß um Rektifikation einzelner Punkte der erhobenen Klage, wie sie nach § 240 zulässig ist, sondern um eine Aenderung des Klaggrundes, also der Klage selbst, und eine solche Aenderung ist in der Berufungsinstanz nach § 489 nicht einmal mit Einwilligung des Gegners statthaft. Erk. des O. L. G. zu Braunschweig v. 10. Jan. 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 181. S. 259. 269.

13. **Der Zweck der Feststellungsklage** besteht darin, die prozessuale Geltendmachung künftiger oder hypothetischer oder sonstwie gehemmter Ansprüche des Klägers bezw. die Vertheidigung gegen Ansprüche des Beklagten zu sichern, woraus sich das negative Erforderniß der Feststellungsklage d. i. **die derzeitige Unmöglichkeit für den Kläger zur Erhebung der Kondemnationsklage aus dem betreffenden Rechtsverhältnisse als nothwendige Folge** ergibt. **Es ist daher dem Kläger die Feststellungsklage gegen den Schuldner versagt, wenn er gegen diesen auf Erfüllung klagen kann, und ganz dasselbe gilt für denjenigen, welchem ein Anspruch auf Leistung des Interesse zusteht, wenn er bereits im Stande ist, dieses Interesse zu liquidiren und nachzuweisen.** (Seuffert, Kommentar zur Civilprozeßordnung, 2. Aufl., S. 275, zu § 231; Sarwey, Kommentar zur Civilprozeßordnung, S. 340—344). — (B. O. L. 22. IV. 84.) S. X. (148.) 405.

14. **Daß ein in Gemäßheit des § 231 der C. P. O. ergangenes Urtheil, welches lediglich das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses feststellt, ohne die Verurtheilung des Beklagten zu einer Leistung auszusprechen, einer unmittelbaren Zwangsvollstreckung nicht unterliegt, ergibt sich aus diesem Inhalt des Urtheils von selbst und wird von der Mehrzahl der Kommentatoren anerkannt.** (Struckmann u. Koch zu § 231

Digitized by Google

Anm. 10; Gaupp zu § 231 Anm. 5; Petersen zu § 231 Anm. 2 Abs. 1; Endemann zu § 231 Anm. II. C.) und zwar insbesondere auch für den Fall, daß die Feststellung auf die Verpflichtung des Schuldners zu einer bestimmt bezeichneten Leistung an einem bestimmt bezeichneten Tage sich bezieht. Eine derartige Feststellung steht keineswegs auf gleicher Stufe mit einer Verurtheilung des Schuldners zu der betreffenden Leistung. Bei erst künftig fälligen Verpflichtungen wird regelmäßig eine im Voraus erfolgende Verurtheilung des Schuldners nicht gerechtfertigt sein, weil er dadurch in Bezug auf später eintretende ihn befreiende Umstände beeinträchtigt werden würde, indem ihm die Geltendmachung derselben im Wege der Einrede durch die Verurtheilung abgeschnitten wird und ihm nur der ungünstigere Weg einer Klage nach § 686 der C. P. O. übrig bleibt. Anders verhält sich dies mit einem Feststellungsurtheil, weil dasselbe seiner Natur und seinem Inhalt nach der unmittelbaren Zwangsvollstreckung nicht unterworfen sein kann, und es werden deßhalb erst künftig fällige Ansprüche regelmäßig nur im Wege der Feststellungsklage — sofern im Uebrigen deren Voraussetzungen begründet sind — verfolgt werden können. Beschluß des O. L. G. zu Hamburg v. 18. April 1882. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 67 S. 100. 101.

15. **Der § 231 C. P. O. will nur die Voraussetzungen bestimmen, unter welchen auf bloße Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses (im Gegensatze zu einem aus demselben abgeleiteten kondemnatorischen Anspruche) eine Klage „erhoben" werden kann, was nach Abs. 1 des vorausgehenden § 230, an welchen er sich anschließt und mit welchem er in einem nicht zu verkennenden Zusammenhange steht, durch die Zustellung der Klageschrift geschieht. Daraus folgt, daß der § 231 C. P. O. lediglich den bei Erhebung der Klage zu stellenden Antrag vor Augen hat. Ist dieser Antrag aber auf die Verurtheilung des Beklagten zu einer Leistung gerichtet, so wird eine solche kondemnatorische Klage nicht schon dadurch in eine Feststellungsklage im Sinne des § 231 C. P. O. verwandelt, daß der Kläger im Laufe der Verhandlung statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen veränderter Sachlage Ersatz des Interesses fordert, ohne das Interesse zugleich zu substantiiren und zu quantifiziren, sondern vielmehr unter Vorbehalt einer solchen Liquidation.** Denn der Kläger erhält seinen ursprünglichen Antrag auf Verurtheilung des Beklagten auch in diesem Falle aufrecht, indem er seinem kondemnatorischen Anspruche, ohne — wie auch in § 240, Ziff. 3 C. P. O. anerkannt ist — eine Aenderung der Klage vorzunehmen, lediglich eine andere Richtung gibt. Der Kläger beantragt mithin in einem solchen Falle nicht bloß die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, sondern er erhebt zugleich einen, sich als Konsequenz aus demselben ergebenden Anspruch. Die Verurtheilung des Beklagten in Gemäßheit dieses Anspruches hat allerdings mit der Verurtheilung auf eine Feststellungsklage das gemein, daß eine wirksame Zwangsvollstreckung erst durch einen zweiten Rechtsstreit über den Betrag des zu ersetzenden Interesse herbeigeführt werden kann. Dies ist aber nicht das Charakteristische der Klage auf Feststellung, da auch dann, wenn ein nicht nur in quali, sondern auch in quanto

Digitized by Google

ganz bestimmter Anspruch klagend erhoben und der Beklagte demgemäß verurtheilt wird, in manchen Fällen die zwangsweise Realisirung dieses Anspruches noch einen zweiten Prozeß erfordert, weil die Leistung des geschuldeten Gegenstandes in natura unerreichbar ist. (R. G. 24. X. 83.) R. C. X. (138.) 421. 422.

16. **Wenn eine negative Feststellungsklage durch rechtskräftiges Urtheil abgewiesen ist, so nimmt an dieser Rechtskraft eine etwa begründete positive auf das Gegentheil gerichtete Feststellungsklage nach § 293 Abs. 1 keinen Theil.** Um eine Entscheidung dieses Inhalts herbeizuführen, ist eine positive Feststellungsklage widerklagend anzustellen. (Vgl. Degenkolb, Einlassungszwang S. 228; a. M. freilich Weißmann, Feststellungsklage S. 122 u. wohl auch Dernburg, preuß. Privatrecht Bd. 1 (Aufl. 3) § 137 Anm. 11 S. 312.) (R. G. 11. II. 82.) R. C. VI. (119.) 386. A. V. (67.) 279—281.

17. **Der § 231 der R. C. P. O. bestimmt nur, daß auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses geklagt werden kann. Bei welchem Gericht eine derartige Klage anzustellen ist, darüber enthält jener Paragraph keine Bestimmung.** (R. G. 23. V. 82.) A. VI. (21.) 127.

18. **Gerichtsstand der Feststellungsklage.** Für die sachliche und örtliche Zuständigkeit der s. g. Feststellungsklage, d. i. der Klage, mit welcher nicht eine bestimmte Leistung, sondern für eine Leistung präparatorisch die Anerkennung eines bestimmten Rechtsverhältnisses bezweckt wird, ist nur allein dieses materielle Rechtsverhältniß maßgebend, und folgt also die Feststellungsklage, wie im § 29 R. C. P. O. für die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrages ausdrücklich anerkannt ist, dem Gerichtsstande, dem die Klage aus dem konkreten Rechtsverhältnisse selbst angehören würde. Es ergibt sich dies nothwendig aus der absoluten Abhängigkeit der Feststellungsklage von dem behaupteten Rechtsverhältnisse, indem sie aus der Natur des letzteren ihre Rechtsqualität entlehnt, und aus dem Zwecke jener Klage, der ausschließlich auf die richterliche Anerkennung und Feststellung eines bestimmten Rechtsverhältnisses, als Grundlage anderer verfolgbarer Ansprüche, gerichtet ist. Der Zweck und der Sinn des Gesetzes lassen — nach klar liegenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen — hierüber keinen Zweifel; die Motive sprechen den Grundsatz ausdrücklich aus, (vgl. Hahn, Materialien Bd. 2 Abt. 1 S. 257), und die Kommentatoren erkennen denselben — mindestens für die Klage auf Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses — übereinstimmend als richtig an. **Die Feststellungsklage ist im übrigen, was die Zuständigkeit betrifft, nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen, und es gilt daher für sie auch der § 25 R. C. P. O. wonach für Klagen, durch welche das Eigenthum, eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, für Grenzscheidungs-, Theilungs- und Besitzklagen, sofern es sich um eine unbewegliche Sache handelt, das Gericht ausschließlich zuständig ist, in dessen Bezirke die Sache gelegen ist.** (R. G. 11. VI. 85.) R. C. XIII. (103.) 387. 388. S. A. XLI. bezw. XI. (142.) 218. R. A. 1885 bes. Beil. 7 S. 359 ff.

19. **Bei der negativen Feststellungsklage nach § 231 der R. C. P. O.**

Digitized by Google

obliegt dem Kläger die Beweislast hinsichtlich des behaupteten Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses. (R. G. 7. VI. 82.) A. VI. (90.) 394. (R. G. 20. IX. 82.) R. C. VII. (116.) 375.

20. **Die Beweislast bei der negativen Feststellungsklage. Die Frage der Beweislast, welche gleichbedeutend ist mit der Behauptungslast, gehört dem materiellen Rechte an. Der § 231 greift in diese Frage nicht ein**; dies erkennen auch die Motive an, indem sie es als selbstverständlich bezeichnen, „daß durch die Zulassung der Feststellungsklage eine Aenderung in der Beweislast rücksichtlich der Existenz oder Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses, bezw. der Echtheit oder Unechtheit der Urkunde nicht herbeigeführt wird." Das Gebiet des materiellen Rechtes wird in dem § 231 nur dadurch berührt, daß derselbe eine Bestimmung trifft über die an sich gleichfalls dem materiellen Rechte angehörigen Voraussetzungen, unter welchen eine Klage angestellt werden kann. **Die Lehre von der Behauptungs- und Beweislast wird beherrscht von dem Grundsatze, daß derjenige, welcher einen Anspruch geltend macht, die den Anspruch begründenden Thatsachen, und derjenige, welcher die Aufhebung eines Anspruches seines Gegners geltend macht, die den Anspruch aufhebenden Thatsachen zu behaupten und zu beweisen hat.** Die prozessuale **Parteirolle ist für die Vertheilung der Beweislast ohne Bedeutung.** Wenn man den maßgebenden Grundsatz in Bezug auf den Kläger dahin ausdrückt, daß der Kläger den Grund seiner Klage zu beweisen habe, so darf man unter dem Grunde der Klage nur den Grund des durch die Klage geltend gemachten Anspruches verstehen und die materielle Behauptungs- und Beweislast nicht mit der prozessualen Darlegungspflicht identifiziren. Jede Partei kann durch die Rücksichtnahme auf den Zusammenhang ihres Vortrages und insbesondere die klagende Partei auch durch die ihr infolge ihres Vorganges im Parteivortrage obliegende Bezeichnung des Streitgegenstandes zu mannigfachen thatsächlichen Anführungen sich genöthigt sehen, welche außerhalb des Bereiches ihrer Beweislast liegen; bei den auf Abwehr eines Anspruches des Beklagten gerichteten Klagen bringt es außerdem schon die an den Klagantrag, wie an jeden prozessualischen Antrag, zu stellende Anforderung der Bestimmtheit und die nöthige Motivirung des Klagantrages mit sich, daß der Kläger sich über die Beschaffenheit des angeblichen Anspruches des Beklagten bestimmt auszusprechen und das Vorhandensein desselben in Abrede zu stellen hat. In dieser Weise wird auch bei der negativen Feststellungsklage der Kläger sowohl zum Zwecke der Formulirung und Motivirung seines Klagantrages, als auch zum Zwecke des ihm obliegenden Nachweises seines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen richterlichen Feststellung genöthigt, mit der Bezeichnung und Verneinung des vom Beklagten in Anspruch genommenen Rechtes voranzugehen, ohne daß man hieraus den Schluß ziehen darf, daß er auch den Beweis aller seiner somit benöthigten positiven und negativen Anführungen zu übernehmen schuldig sei. Die Feststellungsprozesse des § 231 kann man sich zerlegt denken in ein Vorverfahren, welches die Zulässigkeit der Klage zum Gegenstande hat, und ein gleichzeitiges Hauptverfahren, welches die Verhandlung über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses befaßt. Der den positiven und

Digitized by Google

negativen Feststellungsklagen gemeinsam zu Grunde liegende Klaganspruch ist durch die Vorschrift des § 231 gegeben; er richtet sich auf die Zulassung der Klage und somit auf die Verpflichtung des Beklagten, sich auf die Verhandlung über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses einzulassen. Er ist in dieser seiner bloß formellen Richtung mit dem Anspruche verwandt, welcher den gemeinrechtlichen Provokationsklagen ex lege diffamari und ex lege si contendat, die die Civilprozeßordnung durch die Feststellungsklagen überflüssig machen will, zu Grunde liegt und dahin geht, daß der Provokationsbeklagte schuldig sei, sein angebliches Recht gegen den Provokationskläger durch Klage geltend zu machen. Der Grund des durch die Feststellungsklage verfolgten Anspruches besteht, der Vorschrift des § 231 gemäß, nur darin, daß der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen richterlichen Feststellung habe. Dieser Klagegrund ist, soweit das bezeichnete Vorverfahren in Betracht kommt, der einzige Gegenstand der Behauptungs- und Beweislast des Klägers. Durch die Erbringung dieses Beweises — und infolge der Gleichzeitigkeit der Verhandlung über die Hauptsache schon durch die Erhebung der Klage für den Fall der Erbringung dieses Beweises — wird der Beklagte zur Einlassung auf die Verhandlung über die Hauptsache verpflichtet. Wie die Beweislast in Betreff der Hauptsache sich vertheilt, hängt dem obigen nach nicht von der Parteirolle, sondern nur von der materiellen Sachlage ab. Hieraus folgt, daß, **wenn die Klage gerichtet ist auf die Feststellung des Nichtbestehens eines vom Beklagten in Anspruch genommenen Rechtsverhältnisses, der Beklagte, sofern er überhaupt bei der Geltendmachung dieses Rechtsverhältnisses beharren will, den Beweis der Begründung desselben zu führen hat.** Diese Beweislast des Beklagten kann jedoch durch den Inhalt des Klagevortrages bereits ihre thatsächliche Erledigung gefunden haben. Wenn der Klagevortrag ergibt, daß der Kläger die Entstehung des Rechtsverhältnisses nicht in Abrede stellt, vielmehr die Bestreitung der Existenz desselben nur durch Behauptung von Umständen, durch welche dasselbe wieder aufgehoben worden sei, begründen will, so erübrigt nur noch die Verhandlung und Entscheidung über die von dem Kläger zu behauptende und zu beweisende Wiederaufhebung des Rechtsverhältnisses. Mit dieser Auffassung der Frage der Beweislast stimmen auch die Schriftsteller, welche sich mit derselben näher beschäftigt haben, fast durchweg überein. Degenkolb, Einlassungszwang S. 328, sagt in prinzipieller Erfassung der Frage: „An die Stelle der formellen provocatio ad agendum setzt die negative Feststellungsklage den materiellen Zwang ad probandum". Auf derselben Grundanschauung beruht der die konkrete Gestaltung der Beweislast ins Auge fassende Ausspruch von Weißmann, Feststellungsklage S. 104: „Beruht die negative Feststellungsklage auf Negation der Entstehung eines Rechtsverhältnisses, so ist dieselbe vom Beklagten zu erweisen; gründet sie sich auf Einredethatsachen, so liegt der Beweis dem Kläger ob". In gleichem Sinne sprechen sich aus: Dernburg, Preußisches Privatrecht 3. Aufl. Bd. 1 S. 278 und von den Kommentatoren zur Civilprozeßordnung in ihren Anmerkungen zum § 231: Petersen, Endemann, Bülow und Seuffert (2. Aufl.), während Struckmann sich unbestimmt äußert, und nur

Digitized by Google

Gaupp Bd. 2 S. 15 die entgegengesetzte Ansicht vertritt. (Die übrigen Kommentatoren begnügen sich mit der Wiederholung des oben angeführten Ausspruches der Motive zur Civilprozeßordnung.) Auch das von der Vorinstanz angeführte Urtheil des V. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 15. Juni 1881 (abgedruckt auszugsweise in Seuffert, Archiv Bd. 37, Nr. 2 und vollständig in Gruchot, Beiträge Bd. 26, S. 839) steht, selbst abgesehen davon, daß der daselbst in Bezug genommene § 2 preuß. A. G. O. I. 32 den vorliegenden gemeinrechtlichen Fall nicht berührt, mit der obigen Ansicht nicht in Widerspruch. Denn dasselbe kommt im allgemeinen nur zu dem Resultate, daß bei der negativen Feststellungsklage dem Beklagten nicht schlechthin der Beweis der Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses obliege, und im einzelnen begründet es die Abweisung der damaligen Klage damit, daß der Beklagte theils den Beweis seines rechtlichen Interesses nicht erbracht habe, theils es an der bestimmten Bezeichnung des betreffenden Rechtsverhältnisses habe fehlen lassen und daß endlich ein ihm obliegender, nach der Sachlage präjudizieller Beweis seiner Vertragserfüllung nicht geführt worden sei. (R. G. 13. IV. 83.) R. C. IX. (98.) 339—342.

21. **Die Civilprozeßordnung hat es zweifellos nicht in die Willkür des Klägers stellen wollen, dem Hauptprozeß einen Vorprozeß zur Feststellung des in seinen Grundlagen streitigen Rechtsverhältnisses vorausgehen zu lassen und so den Beklagten unnöthig wiederholt in einen durch die Instanzen hindurchgehenden Prozeß zu verwickeln.** Denn sie läßt die Feststellungsklage nur zu, wenn ein rechtliches Interesse auf alsbaldige Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses nachweisbar ist. Sie gibt zwar auch zur Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde die Klage, wenn für die sofortige Feststellung ein rechtliches Interesse vorliegt. Aber **nicht gewährt sie jedem Forderungsberechtigten die Befugniß, den Mangel einer Urkunde durch richterliche Feststellung der bestrittenen Grundlage des Rechtsverhältnisses zu ersetzen.** Und das Bestrittensein eines Rechtsverhältnisses reicht zweifellos keineswegs aus, um unter allen Umständen das rechtliche Interesse für die sofortige Feststellung klar zu stellen. Am wenigsten aber kann davon die Rede sein, wenn der Kläger in der Lage ist, seine vermeinlichen Ansprüche sofort geltend machen zu können. Und selbst wenn man mag zugeben wollen, auch in solchem Falle sei die Möglichkeit nicht unbedingt ausgeschlossen, daß für den Kläger dennoch ein rechtliches Interesse auf sofortige Feststellung bestehen könne, welches es genügend rechtfertige, daß er der Hauptklage die Feststellungsklage vorausgehen lasse, so läßt es sich doch in keiner Weise verkennen, daß es Aufgabe des Klägers wäre, die Gründe darzulegen, auf die er sein ihn zur Erhebung der Feststellungsklage berechtigendes rechtliches Interesse glaubt stützen zu können. (R. G. 3. V. 81.) R. C. IV. (130.) 438. (S. hierüber noch R. G. 20. XII. 82. in R. C. XII. (34.) 148.)

22. Nach § 231 R. C. P. O. soll es einem Kläger, welcher ein rechtliches Interesse an Feststellung eines Rechtsverhältnisses hat, gestattet sein, alsbald Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens dieses Rechtsverhältnisses zu erheben. Es soll nach dieser Bestimmung der R. C. P. O. vorab, bevor die vermeintlichen Ansprüche aus einem bestehenden Rechtsverhältnisse im Wege des Prozesses geltend

Digitized by Google

gemacht werden, also nur vorbereitend, über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses geklagt und entschieden werden können. Daraus folgt mit Nothwendigkeit, daß **wenn eine solche Hauptklage bereits angestellt ist, die Ansprüche aus dem Rechtsverhältnisse selbst schon geltend gemacht sind, darüber sogar schon entschieden ist, dann die Klage aus § 231 nicht mehr statthaft** ist: es fehlt die Voraussetzung, das Interesse, das Rechtsverhältniß alsbald, vor Anstellung der Hauptklage, feststellen zu lassen. (R. G. 18. X. 80.) A. II. (137.) 580. 581.

23. **Voraussetzung für Erhebung einer Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses ist, daß für den Kläger ein Interesse bestehe, diese Feststellung in einem früheren Zeitpunkte zu erlangen als aus dem betreffenden Rechtsverhältnisse die Klage auf Leistung erhoben werden kann.** Die Feststellungsklage ist sonach eine subsidiäre Klage, sie kann nur dann erhoben werden, wenn die Klage auf Leistung aus irgend einem Grunde noch nicht statthaft ist. (Entwurf zur Reichs-Civilprozeßordnung von 1871 S. 304, Seuffert, Kommentar zur Reichs-Civilprozeßordnung S. 254.) — (B. O. L. 4. III. 82.) S. IX. (169.) 523. (S. auch Bd. VII. S. 173 dieser Sammlung.)

24. Das Gesetz hat den **Begriff des rechtlichen Interesse** an der alsbaldigen Entscheidung über die Feststellung eines Rechtsverhältnisses nicht näher bestimmt; derselbe ist vielmehr, weil von äußeren, wandelbaren Umständen beeinflußt, thatsächlicher Natur und in das Ermessen des Richters gestellt. Wenn nun auch das rechtliche Interesse einerseits nicht durch eine vorhergegangene Rechtsverletzung bedingt ist, und wenn auch andererseits dasselbe für die positive und negative Feststellungsklage verschieden sich gestalten kann, so muß man doch — bei Fixirung des Begriffes — davon ausgehen, daß die Negation des Bestehens eines Rechtsverhältnisses durch richterlichen Ausspruch nur die konkrete rechtliche Beziehung der Prozeßparteien zu einander betrifft, und daß der ergehende Richterspruch nur unter den letzteren Recht schafft, sowie endlich, daß ein rechtliches Interesse doch nur ein solches sein kann, welches für die Parteien, und zwar bezüglich eines bestimmten Rechtsverhältnisses von Bedeutung ist. Das rechtliche Interesse im Sinne des § 231 a. a. O. kann daher lediglich aus dem konkreten streitigen Rechtsverhältnisse für das letztere entweder selbst oder für andere, davon abhängige und beeinflußte Rechtsbeziehungen, nicht aus anderen zufälligen, außerhalb jenes Rechtsverhältnisses liegenden und davon weder unmittelbar noch mittelbar rechtlich berührten Umständen und Verhältnissen entlehnt und hergeleitet werden. Es ist daher auch nicht gestattet, das rechtliche Interesse — in völliger Abstraktion von jeder Rechtsbeziehung — ausschließlich nach dem möglichen Einflusse zu bestimmen, welchen das prätendirte Recht auf die allgemeine Vermögenslage und auf den wirthschaftlichen Verkehr der klagenden Partei auszuüben im stande sein kann, und hierdurch an die Stelle eines rechtlichen Interesse ein ökonomisches und finanzielles Interesse zu setzen. (R. G. 27. IX. 83.) R. C. X. (114.) 368—370. A. VIII. (113.) 434. 435.

25. Das Vorhandensein des im § 231 der C. P. O. geforderten rechtlichen Interesse ist Prozeßvoraussetzung für die Feststellungsklage. **Diese Prozeßvoraussetzung ist nur insoweit der Parteidisposition anheimge-**

Digitized by Google

geben, als die zur Begründung des rechtlichen Interesse vom Kläger behaupteten Thatsachen durch ausdrückliches oder stillschweigendes Zugeständniß des Gegners liquide gestellt werden. Ob dieselben ein rechtliches Interesse im Sinn des § 231 darzustellen geeignet sind, ist von Amtswegen zu untersuchen. **„Das Gesetz gestattet die Feststellungsklage nicht schon dann, wenn der Beklagte einwilligt, sondern erst, wenn nach Ansicht des Gerichts jenes Interesse des Klägers vorhanden ist".** (Seuffert Komm. zur C. P. O. Nr. 3d zu § 231). Urtheil des O. L. G. zu Hamburg v. 18. Febr. 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 87 S. 135.

26. Der § 231 der R. C. P. O. knüpft die Zulässigkeit der Feststellungsklage, welche eine Ausnahme von der Regel bildet, daß jede Klage auf eine praktisch wirksame und vollziehbare Verurtheilung des Beklagten gerichtet sein muß, an die Bedingung, daß **ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen richterlichen Feststellung des Rechtsverhältnisses** vorliegt. Ist nun der Gläubiger in der Lage, die Klage auf eine bestimmte Leistung anzustellen, so wird, in den bei weitem meisten Fällen wenigstens, ein solches Interesse fehlen. Jedoch kann auch unter jener Voraussetzung das Sachverhältniß des einzelnen Falles so geartet sein, daß die prozessualische Lage des Gläubigers wesentlich erschwert wäre, wenn er die Leistungsklage anstellen und, z. B. mit einem weitläufigen Beweisverfahren, durchführen müßte, während er mit der Feststellungsklage ebenso zur Befriedigung seines praktischen Interesses gelangen würde. Die Annahme nun, daß auch in einem solchen Falle durch den Umstand, daß die Anstellung der ersteren statthaft sei, diese letztere als ausgeschlossen erachtet werden müßte, findet in dem Gesetze keine genügende Unterstützung. **Ob aber ein ausreichendes Interesse in jenem Sinne vorliege, was der Kläger näher darzuthun hat, ist Sache wesentlich thatsächlicher Beurtheilung.** (R. G. 27. V. 81.) A. IV. (20.) 75. 76.

27. **Auch heutzutage gilt noch der Grundsatz, daß wegen einer noch nicht fälligen Forderung nicht derart geklagt werden kann, daß das Petitum auf Verurtheilung zur Leistung am Fälligkeitstermin gestellt wird.** Förster in Busch Zeitschr. f. C. P. Bd. 8 S. 128 ff. gegen Bähr Urtheile des R. G. S. 143 ff.) Daß, wer eine Forderung zu haben behauptet, dann, wenn diese überhaupt bestritten und folgeweise auch die für den Zeitpunkt der Fälligkeit verlangte Zahlung verweigert wird, daran interessirt ist, durch Richterspruch sobald als möglich Klarheit über das bestrittene Rechtsverhältniß zu erlangen, liegt auf der Hand. Auch ist man darüber einig, daß das Bedürfniß der Befriedigung u. A. gerade solcher Interessen zu erfüllen die Feststellungsklage bestimmt ist; nur sind ihr zu Gunsten des Gegners gewisse Grenzen gesteckt, indem eine solche Klage nicht im Fall eines jeden Bedürfnisses, sondern nur beim Nachweisen eines rechtlichen Interesse an der Nichtverzögerung des Richterspruchs gewährt wird. Welche Bedeutung diese Qualifikation des geforderten Interesse als eines rechtlichen hat, ist freilich, der entgegengesetzten Andeutung in der Begründung des Entwurfs des Gesetzes (S. 184) ungeachtet, nicht recht ersichtlich und daher streitig. Gewiß muß ein **„rechtliches" Interesse** auch ein **„vom Staat anerkanntes"** sein (Weismann, Feststellungskl. S. 158); aber es würde zu weit gehen,

Digitized by Google

jedes Interesse genügen zu lassen, das nicht durch allgemeine Rechtsnorm verworfen ist. Um den Gegensatz zu finden und dadurch den Begriff zu präzisiren, muß vielmehr darauf zurückgegangen werden, was durch Einführung dieses Rechtsbehelfs in das Klagensystem hat erreicht werden sollen. Daß darunter „lediglich intellektuelle, moralische, Pietäts- und ähnliche Interessen" (Schultze in Busch Ztschr. Bd. 2 S. 35) nicht fallen, ist ohne Zweifel zuzugeben, aber selbstverständlich. Näher liegt der Gegensatz des lediglich ökonomischen Interesse; doch sieht man nicht recht ein, aus welchen Gründen überhaupt niemals ein solches zu dieser Klage berechtigen sollte. Vielfach hilft man sich dadurch, daß man als rechtliches Interesse dasjenige Interesse setzt, welches der Kläger daran hat, daß nicht durch Verzögerung des Richterspruchs über die streitige Grundlage eines Rechtsverhältnisses seine Rechtslage zu seinem Nachtheil verändert wird (Weismann a. a. O. S. 159; Schultze a. a. O.; Struckmann u. Koch Komm. zu § 231 Anm. 5; Petersen Kommentar das. 2. Aufl. S. 383 ff.; v. Bülow Komm. das. N. 6; Seuffert Archiv Bd. 37 Nr. 2. 282. 283; Wallmann d. Juristenzeitung Bd. 8 S. 138 ff. S. 391 u. A. m.), und in der That kann es die Bestimmung des Rechtsverfolgungsmittels angesehen, keinen Anstand finden, mindestens in allen derartigen Fällen die Feststellungsklage zuzulassen. Danach wird man denn, wenn ein behauptetes Rechtsverhältniß bestritten wird, das Vorhandensein eines rechtlichen Interesse stets dann annehmen dürfen, wenn eine durch die Ableugnung oder Weigerung des Gegners entstandene und dem Kläger nachtheilige Unsicherheit seiner Rechtslage auf keine andere Weise beseitigt werden kann als durch alsbaldige richterliche Entscheidung der durch die verweigerte Anerkennung entstandenen Streitfrage. Hiernach ist zu beurtheilen, **ob eine Klage auf Feststellung einer bestrittenen noch nicht fälligen Forderung zulässig ist.** Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig v. 15. Dez. 1884. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 273 S. 385. 386.

28. **Die Feststellungsklage nach § 231 der C. P. O. erfordert ein rechtliches Interesse, dagegen nicht einen besonderen civilrechtlichen Anspruch auf Anerkennung.** Wollte man aber auch mit den Motiven, welche S. 185 besagen: „wie der Anspruch auf Leistung, so kann auch der Anspruch auf Feststellung verletzt werden — und nur, wenn er verletzt ist, liegt Anlaß zur Erhebung der Klage auf Feststellung vor", die Existenz eines besonderen Anspruchs auf Feststellung zur Begründung der Feststellungsklage erfordern, so müßte man denselben auch folgen, wenn sie a. a. O. weiter ausführen: „wenn das Gesetz neben der Klage auf die dem Rechtsverhältniß entsprechende Leistung eine Klage auf Feststellung einräumt, so erkennt es damit an, daß aus dem Rechtsverhältniß neben dem Anspruch auf Leistung ein weiterer selbständig verfolgbarer Anspruch auf Feststellung erwächst". Man müßte also den besonderen Anspruch auf Feststellung — von welchem die Motive in Folge einer Verwechslung der Begriffe „Anspruch" und „Klage" reden — als wie durch den § 231 der C. P. O. erfordert, so als durch dasselbe Gesetz civilrechtlich begründet ansehen und käme damit zu dem gleichen Resultat, dem nämlich, daß es zur thatsächlichen Begründung der Feststellungsklagen keines außerhalb des § 231 schon begründeten Anspruchs auf Feststellung be-

Digitized by Google

darf (vgl. Busch Zeitschr. Bd. 4 S. 186; Gaupp C. P. O. Bd. 2 S. 10). Das Gesetz erfordert jedoch weiter nichts, als daß derjenige, der eine Klage nach § 231 der C. P. O. erheben will, ein rechtliches Interesse daran habe, daß die Feststellung durch richterliche Entscheidung alsbald erfolge — alsbald d. h. vor dem Zeitpunkt, in welchem die dem festzustellenden Rechtsverhältniß entsprechende Leistung verlangt werden kann. Die Worte **„rechtliches Interesse"** kommen in mehreren Bestimmungen der C. P. O. vor, z. B. § 63 Abs. 1, § 271 Abs. 2, um die Voraussetzung eines prozessualischen Rechts zu normiren. Der Begriff, den sie enthalten, ist aber vom Gesetz nirgends definirt. Derselbe läßt sich wohl auch nicht in einer allgemein gültigen Regel zusammenfassen, obgleich es an Versuchen hierzu nicht fehlt (vgl. z. B. Busch Zeitschr. Bd. 2 S. 30—34 und die dort zitirten Schriftsteller). Ob ein rechtliches Interesse vorliegt, ist eine Thatfrage, welche sich nur im einzelnen Fall unter Berücksichtigung aller Umstände zuverlässig beantworten läßt. Die konkrete Sachlage muß den Richter erkennen lassen, daß nicht bloß in der subjektiven Meinung des Klägers, sondern objektiv ein die Rechtssphäre des Klägers betreffender Grund von solchem Belang, daß die Gewährung eines besonderen Rechtsmittels dazu in vernünftigem Verhältniß steht, die alsbaldige Feststellung erheischt. Es werden bei Beantwortung jener Frage diejenigen Regeln zu beachten sein, welche das gemeine Recht für die Fälle aufstellt, wo „ex justa causa" Bestimmungen zu treffen sind, z. B. fr. 13 in Verbindung mit fr. 10 de proc. et def. 3. 3; „sed haec neque passim admittenda, neque destricte deneganda, sed a praetore causa cognita temperanda". **Daß das Interesse gerade auf einem speziellen Rechtsgrund basire, kann nicht verlangt werden.** Wie Fälle denkbar sind, in welchen das rechtliche Interesse an der Feststellung angenommen werden muß, ohne daß das festzustellende Verhältniß vorher in Streit gezogen ist (vgl. hierüber die Motive zu § 89 der C. P. O.), so kann andererseits das Bestrittensein eines Verhältnisses nicht schlechthin und unter allen Umständen als genügend betrachtet werden, das erforderliche rechtliche Interesse an sofortiger Feststellung zu begründen (Entsch. des R. G. Bd. 4 S. 438, abgedr. in S. A. Bd. 37, Nr. 282). Das rechtliche Interesse muß bestehen unmittelbar in der sofortigen Feststellung; ein nur mittelbares Interesse, z. B. wegen der rechtlichen Folgen, die erst durch das Feststellungsurtheil erzeugt werden, insbesondere wegen des richterlichen Pfandrechts, würde nicht genügen. Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe v. 13. Mai 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 283, S. 386 ff.

29. Wenn in § 231 die Zulassung der Feststellungsklage von dem Vorhandensein eines „rechtlichen" Interesses an alsbaldiger Feststellung abhängig gemacht wird, so ist damit ausgesprochen, daß in rechtlicher Beziehung, d. h. in betreff der Rechtsfolgen, welche sich aus der begehrten Feststellung ergeben, ein Interesse an alsbaldiger Herbeiführung der Entscheidung vorhanden sein muß. Es ist aber hiermit nicht ausgesprochen, daß nur rechtliche Folgen, welche dem Privatrechte angehören, bei der Frage des Vorhandenseins eines rechtlichen Interesse in Betracht zu ziehen seien. **Es können daher auch strafrechtliche Folgen, deren Voraussetzung das festzustellende Rechtsverhältniß ist, in Betracht gezogen werden.**

Digitized by Google

wenn nur dieses Rechtsverhältniß an sich ein solches ist, welches Gegenstand eines bürgerlichen Rechtsstreites sein kann. (R. G. 22. V. 86.) R. C. XVI. (95.) 390. 391.

30. Die Negation des Bestehens eines Rechtsverhältnisses durch richterlichen Ausspruch betrifft nur die konkrete rechtliche Beziehung der Prozeßparteien unter einander, der ergehende Richterspruch schafft nur unter den Prozeßparteien Recht und kann demnach das rechtliche Interesse im Sinn des § 231 der C. P. O. nur aus dem konkreten streitigen Rechtsverhältniß, entweder für das letztere selbst, oder für andere davon abhängige und beeinflußte Rechtsbeziehungen entnommen werden. Hiernach ist **die Klage des Schuldners gegen den Cedenten auf Feststellung der geschehenen Tilgung der Schuld** zu beurtheilen. Urtheil des Reichsgerichts v. 6. April 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 186 S. 262. 263.

31. **Das rechtliche Interesse fehlt, wenn das festzustellende Rechtsverhältniß schon Gegenstand einer Replik des Feststellungsklägers ist.** Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig v. 25. Febr. 1884. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 285 S. 385.

32. **Wenn auf Feststellung eines noch nicht fälligen bestrittenen Anspruches geklagt wird, so muß das richterliche Ermessen darüber entscheiden, ob ein genügendes Interesse an der sofortigen Feststellung beim Kläger obwaltet, um die vorzeitige Behelligung des Beklagten mit einem Rechtsstreite zu rechtfertigen.** (R. G. 20. XII. 82.) R. C. XII. (34.) 148. Nun ist es aber ohne Weiteres klar, daß **die Frage, ob für den etwaigen Ausfall bei einem Hypothekposten eine bestimmte solvente Persönlichkeit zu haften hat,** für das Verhalten des Inhabers in Beziehung auf die Verwaltung des Postens leicht von der größten Bedeutung sein kann, und sicher wird daher in einem solchen Falle mit Grund **ein rechtliches Interesse, wie es der § 231 der R. C. P. O. verlangt,** beim Kläger angenommen, ohne daß gerade weitere Einzelheiten über den sonstigen Werth des Postens positiv festgestellt zu sein brauchen. Diejenigen Fälle, in welchen nach Ausweis der gedruckten Entsch. des R. G. in Civils. das R. G. das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses im Sinne des § 231 der R. C. P. O. verneint hat, lagen wesentlich anders, als der gegenwärtige. In dem Falle Bd. IV S. 437 ff. (Annalen, Bd. IV S. 75) handelte es sich um einen fälligen Anspruch, den der Kläger eben so gut direkt hätte einklagen können, statt erst die Feststellungsklage anzustellen. In dem Falle Bd. VI S. 397 (Annalen Bd. V S. 279, 373, 460) aber hatte der Beklagte den eventuellen Anspruch des Klägers, dessen Feststellung verlangt wurde, noch gar nicht bestritten. (R. G. 20. XII. 82.) A. VII. (51.) 179. 180. R. C. XII. (34) 148.

33. Wenn ein Rechtsverhältniß dergestalt beseitigt ist, daß keinerlei rechtliche Ansprüche mehr aus demselben abgeleitet werden können, dann fehlt es an dem im § 231 für die Feststellungsklage aufgestellten Erfordernisse eines rechtlichen Interesse an der Feststellung. Dieses ist aber allemal dann noch denkbar, wenn **Ansprüche eben auf das vergangene Rechtsverhältniß** begründet werden. Wollte man derartige Feststellungsklagen ausschließen, so würde das in dem § 231 verfolgte Ziel, gegenüber den früher meistens nur zugelassenen Klagen aus erwachsenen An-

Digitized by Google

sprüchen eine Erweiterung und Erleichterung der Rechtsverfolgung und des Rechtsschutzes durch Gestattung von Klagen auf Feststellung von Rechtsverhältnissen herbeizuführen, nur unvollkommen erreicht werden; denn das Bedürfniß, vergangene Rechtsverhältnisse zur Anerkennung zu bringen, z. B. ein durch Expropriation aufgehobenes Eigenthumsverhältniß, eine früher bestandene Sozietät u. s. w., tritt im Rechtsleben häufig zu Tage. Zu einer solchen Beschränkung bietet auch nicht etwa die Fassung des § 231 eine Handhabe; namentlich ist der Ausdruck: daß auf Feststellung des „Bestehens oder Nichtbestehens" eines Rechtsverhältnisses geklagt werden könne, sprachlich ebensowohl auf ein Bestehen oder Nichtbestehen in der Vergangenheit als in der Gegenwart zu beziehen. Die daneben dort zugelassene Klage auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung der Unechtheit derselben setzt sogar jedesmal die Feststellung eines vergangenen rechtlichen Vorganges, des Zustandekommens der Urkunde voraus. Urtheil des Reichsgerichts v. 12. Mai 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (168.) 260. 261.

34. Die Bedeutung des Wortes **„alsbald"** im § 231 der C. P. O. liegt in dem Gegensatz zwischen der Feststellung und der Geltendmachung der Ansprüche aus dem festzustellenden Rechtsverhältniß, nicht in dem Gegensatz zwischen der früheren oder späteren Feststellung. Wer schon jetzt die Ansprüche aus dem Rechtsverhältniß geltend machen kann, hat kein Interesse an der alsbaldigen Feststellung, weil die Klage auf Erfüllung der Ansprüche ihm genügt. Wer das nicht kann, ist nach § 231 berechtigt, die Feststellung durch richterliche Entscheidung zu fordern, vorausgesetzt, daß er an solcher Feststellung ein rechtliches Interesse hat. Der Vermiether, welcher unsicher ist, ob er eine nach einem Vierteljahr etwa erfolgende Kündigung annehmen müsse oder nicht, bezw. ob er nach einem Vierteljahr kündigen könne oder nicht, kann zur Zeit noch keine Ansprüche aus dem nach seiner Behauptung auf längere Zeit geschlossenen Miethvertrage geltend machen, und deßhalb hat er, da er ein rechtliches Interesse an der Feststellung des Rechtsverhältnisses hat, auch ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg v. 31. Januar 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 185 S. 260. 261.

35. **Erforderniß eines als bestehend oder nicht bestehend festzustellenden „Rechtsverhältnisses" für die Feststellungsklage.** Hierher gehört nicht, wenn es sich zunächst um die Entscheidung einer allgemeinen Rechtsfrage handelt. (R. G. 11. II. 82.) R. C. VI. (119.) 387. (R. C. VI. (123.) 397.) A. V. (67.) 279—281.

36. **Eine Verurtheilung zu irgend welcher Leistung liegt außerhalb der Sphäre einer Feststellungsklage** (Weismann, die Feststellungsklage S. 113 ff., 117 ff., 122. 124; Struckmann u. Koch, Komm. zur C. P. O. 4. Aufl. S. 235), wenn auch aus dem richterlichen Spruch, es sei ein Rechtsverhältniß existent geworden, z. B. ein Vertrag des und des Inhalts geschlossen, die weitere Folge, daß vermöge dieses Vertrags der eine oder andere Theil, jedoch immer vorbehältlich etwaiger ihm zuständigen Einreden, zu gewissen Leistungen verbunden sei, als logische Konsequenz abfließen mag. **Eine Klage auf Feststellung, daß der Beklagte den Kläger wegen Nichterfüllung eines Kontrakts schadlos zu halten habe,**

Digitized by Google

ist sonach unzulässig. Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig vom 12. Okt. 1883. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 274 S. 387.

37. **Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage zur Beseitigung der Ansprüche eines Dritten auf die dem Kläger gegen den Schuldner zustehende Forderung.** (Bähr, in den Jahrbüchern für die Dogmatik des Privatrechts Bd. 1 S. 480 ff., und Urtheile des R. G. mit Besprechungen S. 151 f.; Schmid, Cession Th. 2 S. 371 ff.; Windscheid, Pandektenrecht Bd. 2 (Aufl. 5) § 334 S. 275; Degenkolb, Einlassungszwang S. 201 f.; Weismann, Feststellungsklage S. 76 ff., 146 ff.; Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze (Aufl. 2) S. 304; Entsch. des R. O. H. G. Bd. 5 S. 87 ff.; Entsch. des R. G. Bd. 7 S. 418 ff.) U. u. A. I. (226.) 374 f.

38. **Klagerecht und Klagform für den Anspruch eines Pfandgläubigers gegen den andern auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Pfandobjekte.** Eine gewöhnliche Feststellungsklage im Sinne des § 231 der C. P. O. kann hier zwar nicht in Frage kommen, weil dieselbe voraussetzt, daß das Rechtsverhältniß, dessen Bestehen oder Nichtbestehen streitig ist und durch gerichtliche Entscheidung festgestellt werden soll, unter den Parteien selbst besteht; allein von der Doktrin und Praxis, wie auch von der neueren Gesetzgebung ist auf das Entschiedenste anerkannt, daß in Kollisionsfällen der gegebenen Art, in welchen von mehreren angeblich Betheiligten um Anerkennung des relativ besseren Rechts gestritten wird, wie z. B. bei Prioritätsstreitigkeiten im Konkurse, bei Exekutionsinterventionen, Streitigkeiten mehrerer Forderungsprätendenten um eine im Verhältniß zum Schuldner unbestrittene Forderung (Entsch. des Reichsgerichts Bd. 7 S. 419, abgedruckt in S. A. 39 Nr. 3), ein gerichtlich verfolgbarer Anspruch auf Hebung des betreffenden Konflikts als gegeben erachtet werden muß. Was die rechtliche Konstruktion eines solchen irregulären Klagerechts betrifft, so wird dasselbe vielfach unter den Gesichtspunkt einer gewöhnlichen Präjudizialklage, d. h. einer solchen Klage gebracht werden können, mit welcher nicht etwa die Erfüllung eines konkreten Forderungsrechts oder Genugthuung für ein verletztes dingliches Recht, sondern bloß die richterliche Anerkennung eines bestimmten Rangverhältnisses unter mehreren Berechtigungen zur Geltung gebracht werden sollen. (Maxen, das Prioritätsverfahren im Konkurse §§ 2, 3; Ubbelohde, im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 59 S. 273.) Bei Exekutionsinterventionen und ähnlichen Anfechtungen von Pfändungen hat man das betreffende Klagerecht als einen im Wege der Klage geltend zu machenden Widerspruch gegen die Pfändung im Sinne der gemeinrechtlichen controversia pignoris capti (fr. 15 § 4 de re judic. 42. 1) zu charakterisiren gesucht — als eine Anfechtung der erfolgten Pfändung auf Grundlage verletzten materiellen Rechts. (Gruchot, Beiträge Bd. 25 S. 349; Wallmann, Juristenzeitung Bd. 6 S. 157.) Der erhobene Klaganspruch, bei welchem das hypothekarische Recht des Klägers nur einen Entscheidungsgrund liefert, ist demnach an sich zulässig, und zwar auf Anerkennung des klägerischerseits prätendirten Rechts auf vorzugsweise Befriedigung. Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig v. 1. März 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 2 S. 3.

39. Der § 231 beruht nach den Motiven auf der Erwägung: es sei

Digitized by Google

„in vielen Fällen ꝛc. ein dringendes, ja unabweisliches Bedürfniß, den Bestand eines Rechtsverhältnisses, bevor noch die materiellen Folgen desselben in Anspruch genommen werden, festzustellen, indem nur auf Grund einer solchen Feststellung die Betheiligten ihre Handlungsweise ohne Gefahr wesentlicher Verluste bestimmen können." Aus diesem Grunde begründet **die Feststellung der Frage, ob ein Bergwerksbesitzer durch Fortführung des Bergbaues sich** (nach § 148 des Preuß. Berggesetzes von 1865) **gegenüber dem Besitzer der über den Flötzen stehenden Gebäude ersatzpflichtig machen werde, die Klage aus § 231 der R. C. P. O.** (R. G. 1. IV. 82.) A. V. (116.) 460. 461.

40. **Eine Feststellungsklage, dahin gehend, daß die einer auf einen Kostenfeststellungsbeschluß gestützten Forderung gegenüber geltend gemachte Gegenforderung anerkannt werde, ist statthaft** (vgl. auch die Komm. von Wilmowsky u. Levy zu § 686 Nr. 1 und von Seuffert das. Nr. 3), denn das Interesse des Klägers an alsbaldiger Feststellung des betreffenden Rechtsverhältnisses ist bei der ihm stets drohenden Zwangsvollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluß unverkennbar. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg v. 18. Febr. 1884. S. A. Bd. 39 Nr. 271 S. 370.

41. **Mit der Klage aus § 231 können sachliche Ansprüche aus bestehenden Rechtsverhältnissen nicht geltend gemacht werden. — Demgemäß kann der Cessionar seinen Widerspruch gegen die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Pfändung einer ihm cedirten Forderung im Wege dieser Klage geltend machen.** (R. G. 8. III. 81.) R. C. IV. (32.) 112. 113.

42. **Zulässigkeit einer Klage auf Anerkennung der Kündbarkeit einer Kapitalschuld.** Die richterliche Feststellung des Rechts einer Partei, ein geschuldetes Kapital aufzukünden, schließt von selbst die rechtliche Nothwendigkeit in sich, daß der Empfangsberechtigte die Kündigung als auch für ihn wirksam anzuerkennen habe und sich dieselbe gefallen lassen müsse. Ein einem solchen gleichlautender Urtheilssatz würde immerhin nur eine deklaratorische Entscheidung darstellen und einer Zwangsvollstreckung nicht zugänglich sein, wie sich diese Merkmale stets bei Urtheilen finden werden, welche einer Klage im Sinne des § 231 C. P. O. stattgeben. Ist eine Klage in der besagten Weise erhoben, so hängt ihre prozeßrechtliche Statthaftigkeit nach Vorschrift des § 231 der Civilprozeßordnung von dem Erfordernisse ab, daß die klagende Partei an der alsbaldigen richterlichen Feststellung eines Rechtsverhältnisses ein rechtliches Interesse hat, durch welche Bestimmung einer zu weiten Ausdehnung der Feststellungsklage eine Schranke gesetzt werden sollte. Ein solches Interesse wird in der Regel allerdings dann nicht gegeben sein, wenn der Betheiligte in der Lage ist, sofort eine Klage auf die aus dem Rechtsverhältnisse zu folgernde Leistung erheben zu können. Dieser Grundsatz läßt sich jedoch da nicht anwenden, wo die Annahme einer Zahlung eines gekündigten Kapitals deßhalb verweigert wird, weil dasselbe für unkündbar erachtet wird. Das Recht gestattet einem Schuldner eine Klage auf Annahme eines geschuldeten Betrages in der Richtung gegen den Gläubiger in der Regel nicht; eine derartige Klage wird dem Schuldner nur in besonderen Ausnahmsfällen zugestanden. (Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts § 347 Anm. 1; Mommsen, die Lehre von der **mora**

Digitized by Google

S. 134.) Für den Fall des Bestehens einer Hypothek steht aber der klagenden Partei dermalen auch noch keine Klage auf Löschung der für das Kapital eingetragenen Hypothek zu Gebote, da sie noch keinen Löschungsgrund für sich anführen kann, insoferne die Schuld weder bezahlt, noch die rechtliche Wirkung der Zahlung durch gerichtliche Hinterlegung des Schuldbetrages herbeigeführt ist. Eine Tilgung der Schuld und eine Befreiung des Schuldners von seiner Verbindlichkeit kann nun zwar ungeachtet der Weigerung des Gläubigers, eine Zahlung anzunehmen, und gerade wegen dieser Weigerung an und für sich dadurch bewirkt werden, daß der Schuldner die geschuldete Sache bei Gericht hinterlegt. Die gerichtliche Hinterlegung hat indessen bloß dann die Folge, daß eine Schuld durch sie aufgehoben wird, wenn das wirklich Geschuldete hinterlegt wurde. Befindet sich aber die klagende Partei Angesichts des Verhaltens des Gläubigers und mit Rücksicht auf das Bestrittensein der klägerischen Rechtsauffassung in Ungewißheit darüber, ob und in wie weit sie durch gerichtliche Hinterlegung des Kapitals von ihren Verpflichtungen gegen den beklagten Gläubiger sich in der That zu befreien vermag, so kann es vom rechtlichen Gesichtspunkte aus und in Anbetracht des maßgebenden Thatbestandes nicht mißbilligt werden, wenn die klagende Partei die berührte Ungewißheit gehoben zu sehen wünscht, ehe sie bei verweigerter Annahme einer Zahlung zur gerichtlichen Hinterlegung der von ihr als Schuldbetrag erachteten Geldsumme sich herbeiläßt und auf Grund der Hinterlegung zu etwaigen weiteren gerichtlichen Maßnahmen schreitet, vielmehr hat dieselbe unzweifelhaft ein berechtigtes Interesse daran, sofort über die rechtliche Tragweite einer Hinterlegung vor dem Vollzuge dieses Aktes sicheren Aufschluß zu erhalten. Das allein geeignete Mittel, die hinsichtlich des Rechtsverhältnisses bestehende Ungewißheit vor Bethätigung der beregten Hinterlegung zu beseitigen, ist aber die Erwirkung einer richterlichen Entscheidung, und als Klage, welche eine solche Entscheidung über die entstandene Streitfrage, insbesondere über die Kündbarkeit des hypothekarisch gesicherten Kapitals, herbeiführen kann, bietet sich unter den obwaltenden Umständen dem Schuldner nur eine Klage nach Anleitung des § 231 a. a. O. dar. (B. O. L. 11. III. 85.) S. XI. (22.) 61—63. (S. auch dieselbe Samml. Bd. X. S. 405. Bd. IX. S. 522 ff.)

43. **Die Feststellungsklage auf Anerkennung der Zahlungspflicht nicht fälliger Koupons ist unzulässig.** (R. G. 25. X. 84.) U. u. A. I. (63.) 114.

44. **Unzulässigkeit der Feststellungsklage zur Entscheidung der Frage, daß ein Handelsgesellschafter unbefugt Darlehen aufgenommen habe.** (R. G. 17. IX. 84.) U. u. A. I. (64.) 115.

45. **Die Feststellungsklage, welche darauf gerichtet ist, daß Kläger nicht Mitglied einer Genossenschaft sei, ist statthaft.** (R. G. 26. IX. 82.) R. C. VIII. (2.) 3 ff.

46. **Klage einer in den Vertheilungsplan einer eingetragenen Genossenschaft aufgenommenen Person auf Feststellung, daß sie nicht Mitglied der Genossenschaft geworden sei, und daß daher gegen sie keine Zwangsvollstreckung auf Grund des Vertheilungsplanes stattfinden dürfe; Beweislast bei solcher Klage.** Dem für vollstreckbar erklärten Vertheilungsplane einer eingetragenen Genossenschaft gegenüber ist die Feststellungsklage,

Digitized by Google

und zwar sogar ganz abgesehen von der Bestimmung des § 231 C. P. O. stets das einzige Mittel, welches einem sich durch den Plan widerrechtlich benachtheiligt Glaubenden zum Zwecke der Abwehr zu Gebote steht. Die Klage, mittels welcher jeder Genossenschafter nach § 56 des Genossenschaftsgesetzes von 1868 den Vertheilungsplan anzufechten befugt ist, ist eben ihrem wesentlichen Gegenstande nach niemals etwas anderes als eine Feststellungsklage gewesen, und wenn man auch Bedenken tragen mag, diese Gesetzesbestimmung, gegen ihren Wortlaut, unmittelbar auch auf denjenigen anzuwenden, welcher den Plan gerade insofern anficht, als er überhaupt mit Unrecht darin als Genossenschafter aufgenommen zu sein behauptet, so ist es doch gewiß, daß nach Analogie derselben auch einem solchen immer eine entsprechende Klage zugestanden werden mußte. Die allgemeine Frage nach der Beweislast bei der negativen Feststellungsklage des § 231 C. P. O. kann hier beiseite gelassen werden. Diese Frage betrifft Fälle, wo jemand willkürlich, ohne zwingende Nothwendigkeit, zur negativen Feststellungsklage greift: auch wenn man da der Ansicht sein sollte, daß der Kläger dann auch die Beweislast in betreff der Negative zu übernehmen habe, so würde daraus nichts folgen für die hier in Rede stehende besondere Art von Klage, welche durch das eigenthümliche Institut des vollstreckbaren Vertheilungsplanes bei den eingetragenen Genossenschaften nöthig gemacht ist, und welche, mag sie auch formell als Klage erscheinen, materiell doch nur die Abwehr eines gerichtlichen Angriffes darstellt. Hier muß selbstverständlich **die beklagte Genossenschaft den Beweis der bestrittenen Zugehörigkeit des Klägers** zu ihr erbringen. (R. G. 22. XII. 83.) R. C. XIV. (23.) 90—92.

47. Ueber die Frage, **ob der Klagantrag auf Ersatz des entstandenen und noch entstehenden Schadens gerichtet werden kann**, s. Urtheil des O. L. G. zu Hanau v. 17. Dez. 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12. Nr. 159. S. 222—224.

48. **Eine Klage auf Ersatz eines in besonderem Verfahren der Höhe nach festzustellenden Schadens ist keine Feststellungsklage.** Eine solche auf Verurtheilung zum Ersatze eines bestimmten, im besonderen Verfahren festzusetzenden, das heißt der Höhe nach festzusetzenden, Schadens gerichtete Klage geht im Sinne des § 231 C. P. O. nicht auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses, verfolgt vielmehr einen aus einem zwischen den Parteien begründeten Rechtsverhältnisse entstandenen bezw. entstehenden Anspruch auf Leistung. (R. G. 19. XII. 83.) R. C. X. (136.) 414.

49. **Die Leistungsklage, welche die Ermittelung der Höhe des Schadens einer besonderen Klage vorbehält, ist keine nach den §§ 230 Abs. 2, und § 231 der R. C. P. O. unzulässige Feststellungsklage.** Es wird damit nicht die Feststellung eines Rechtsverhältnisses im Sinne des § 231 der R. C. P. O., aus welchem möglicherweise Ansprüche entstehen können, sondern ein wirklich schon entstandener Anspruch, dessen Höhe nur nicht zum Gegenstand des Prozesses gemacht worden ist, verfolgt. Daraus, daß der Antrag nicht auf eine bestimmte Summe gerichtet ist, könnte nur ein Zweifel entstehen, ob es an der erforderlichen Bestimmtheit des Antrages nach § 230 der R. C. P. O. fehlt, da, außer dem Falle der Feststellungsklage, der Antrag immer auf eine unmittelbar vollstreckbare Verurtheilung gehen muß. Ein solcher Zweifel ist aber unbegründet. An der nöthigen

Digitized by Google

Bestimmtheit fehlt es dem Antrage nicht, da Ersatz für bestimmt angegebene Nachtheile gefordert wird. Die gemeinrechtliche und die Preuß. Praxis haben die Klage auf eine Leistung in einem bestimmten Umfange, vorbehaltlich der Feststellung des Betrages in einem besonderen Prozesse, als unbedenklich zugelassen. Die Worte des § 230 Nr. 2 der C. P. O. ergeben nicht, daß daran etwas hat geändert werden sollen. Auch die Entstehungsgeschichte der R. C. P. O. ergibt eine solche Absicht nicht; es ist zwar davon ausgegangen, daß der § 231 der R. C. P. O. die Präjudizialklagen und die Provokationsklagen durch die Feststellungsklage hat ersetzen sollen; daß aber dadurch die Leistungsklage unter Vorbehalt der Feststellung der Höhe des Anspruches in besonderem Verfahren hätte beseitigt werden sollen, ist nirgends ausgesprochen. Die R. C. P. O. läßt auch andere Klagen auf Leistungen mit einem die unmittelbare Vollstreckung nicht ermöglichenden Antrage zu, so in § 664 und in § 778. — (R. G. 23. IV. 84.) A. X. (65.) 266. 267.

50. **Wegen eines vertragsmäßigen Anspruches auf einen bestimmten Geldbetrag kann eine Klage auf Anerkennung des Anspruches ohne Forderung eines bestimmten Geldbetrages nicht angestellt werden.** Das Reichsgericht hat allerdings in mehrfachen Fällen eine besondere Klage auf Ersatz eines Schadens ohne Forderung eines bestimmten Betrages für zulässig erachtet, allein wenn es sich nicht um eine Verpflichtung zum Schadensersatze, sondern um eine Leistung, welche als Gegenleistung für gewährte, und angenommene Leistungen, also um Erfüllung einer unmittelbar durch Vertrag entstandenen, einer vertragsmäßigen Verpflichtung handelt, so ist für eine solche, auf eine vertragsmäßige Leistung gerichtete Klage die Regel, daß eine Zerlegung des Gegenstandes für zwei voneinander abhängige Prozesse nicht stattfindet, und nicht erst über den Grund oder das Prinzip, demnächst allein über das Quantum der schuldigen Leistung prozessirt werden kann. Ein quantitativ bestimmter Anspruch ist in dem Laufe seiner Entwickelung und Entstehung ein einheitlicher, identischer, und kann nicht ohne besonderen Grund in einen Anspruch mit bestimmter Quantität und in einen gleichzeitig daneben existirenden Anspruch ohne bestimmte Quantität aufgelöst werden. Der Gläubiger kann nicht den letzteren für sich allein, ohne ihn nach seinem realen Inhalte zu begrenzen, geltend machen; die Verfolgung des Anspruches ohne die bestimmte Quantität verfehlt den eigentlichen Zweck des Prozesses, welcher darin besteht, die Erfüllung einer Verbindlichkeit zu erzwingen, und es ist nicht ohne einen rechtfertigenden Grund in das einseitige Belieben des Gläubigers gestellt, in einem Falle, in welchem der sofortigen Durchführung des Anspruches auch nach seinem ziffermäßigen Betrage nichts im Wege steht, dem Schuldner die Einlassung in zwei aufeinanderfolgenden Prozessen aufzunöthigen. Die Bestimmung des § 276 der R. C. P. O. kann für obigen Fall deßhalb nicht maßgebend sein, weil dieselbe nur den Fall der Einklagung einer auch quantitativ bestimmten und in ihrem quantitativen Betrage geltend gemachten Leistung ins Auge faßt, und eher dafür spricht, daß die Partei es nicht in ihrer Gewalt hat, die in § 276 a. a. O. dem Ermessen des Richters anheimgestellte Vorabentscheidung durch Anstellung einer allein darauf gerichteten, selbständigen Klage hervorzurufen. (Das Urtheil des Reichsgerichtes vom

Digitized by Google

19. Dezember 1883, Entsch. in Civils. Bd. 10, S. 413 steht mit obiger Ausführung nicht in Widerspruch, indem es sich auf den Fall der Geltendmachung einer Entschädigung für den durch Enteignung verursachten Schaden bezieht. Vgl. hierzu die Urtheile des R. G.'s in den Entsch. in Civils. Bd. 10 S. 353. 418, Bd. 12 S. 353.) (R. G. 22. VI. 85.) R. C. XIII. (123.) 435—437.

51. **Eine Klage eines Forderungsprätendenten gegen einen anderen ist, wenn nicht über die Existenz des von dem Schuldner nicht bestrittenen Schuldverhältnisses und seine Verpflichtung zu dessen Erfüllung, sondern nur darüber Streit herrscht, wer von den streitenden Theilen der zur Geltendmachung des Forderungsrechtes Berechtigte sei, keine Feststellungsklage im Sinne des § 231,** denn die letztere setzt voraus, daß das Rechtsverhältniß, dessen Bestehen oder Nichtbestehen streitig ist und durch gerichtliche Entscheidung festgestellt werden soll, unter den Parteien selbst besteht. R. C. VII. (126.) 419. Auch die Vorschrift des § 72 der C. P. O. ist nicht anwendbar. S. § 72 ad R. C. VII. (126.) 419. Eine solche Klage ist aber dennoch zulässig. (R. G. 18. X. 82.) S. hierüber § 230 Ziff. 1 ad R. C. VII. (126.) 420. 421.

52. **Die Verurtheilung zur Ausstellung einer schriftlichen Erklärung ist nicht die Feststellung eines zwischen den Parteien schon bestehenden Rechtsverhältnisses im Sinne des § 231 der R. C. P. O.** (R. G. 8. III. 82.) A. V. (92.) 373. 374.

53. **Eine Klage auf Feststellung der Verpflichtung zum Ersatze des durch eine verschuldete Körperverletzung entstehenden Schadens wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Verletzte zur Zeit der Verletzung und zur Zeit der Anstellung der Klage weder erwerbsthätig noch erwerbsfähig ist,** sofern der Verletzte in der Lage sich befindet, daß der Eintritt der Erwerbsfähigkeit und mit ihr die Ausübung Gewinn bringender Thätigkeit erfahrungsmäßig und nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu vermuthen ist, und sofern die Folgen der erlittenen Körperverletzung derartige sind, daß die Erwerbsfähigkeit als beeinträchtigt angesehen werden darf. In einem solchen Falle handelt es sich nicht um einen Ausspruch über das Bestehen eines völlig ungewissen, bloß möglichen Rechtsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Beklagten, dessen Existenz davon abhängig ist, ob und welche Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit möglicherweise eintreten wird, sondern um ein schon gegenwärtig bestehendes und nur seinem Umfange nach unbestimmtes Rechtsverhältniß, dessen Feststellung keineswegs eine bloß theoretische, sondern für den Kläger auch eine praktische Bedeutung hat. Der Umstand aber, daß möglicherweise der Verletzte den Eintritt seiner Erwerbsfähigkeit nicht erlebt und also die an sich festgestellte Schadensersatzpflicht des Beklagten faktisch nicht zur Geltung kommt, kann die erhobene Feststellungsklage nicht ausschließen. (R. G. 28. IV. 85.) R. C. XIII. (98.) 374. 375.

54. **Klage auf Feststellung der Schadenersatzpflicht für die Verstümmelung eines zur Zeit noch erwerbsunfähigen, im Kindesalter stehenden Menschen.** (R. G. 28. IV. 85.) U. u. A. II. (100.) 202.

55. **Interesse an alsbaldiger Feststellung wegen Bedrohung mit einer Kriminalklage.** Urtheil des O. L. G. zu Hamburg v. 8. Jan. 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (167.) 259.

Digitized by Google

56. **Feststellungsklage gegen den Ehemann betreffend seine Verpflichtung, die Exekution in das Vermögen der Ehefrau wegen einer von derselben kontrahirten Schuld zu gestatten.** (R. G. 7. III. 82.) R. C. VI. (123.) 397.

57. **Die Klage auf Nichtigkeitserklärung einer Ehe** ist ihrer Natur nach eine sogenannte Präjudizial-, d. h. eine Feststellungsklage in diesem Sinne, welche nur die Eigenthümlichkeit hat, daß sie materiell nach den Grundsätzen des Eherechts zu beurtheilen ist und daß sie hinsichtlich des prozessualen Verfahrens den in den §§ 568 bis 592 C. P. O. für Ehesachen gegebenen besonderen Vorschriften unterliegt. Eine Ehe, welche in gesetzlicher Form geschlossen wurde, ist nach cap. X de divortiis 4, 19, wie auch nach evangelischem Kirchenrechte selbst dann, wenn ihr ein impedimentum dirimens publicum entgegensteht, nicht ipso jure nichtig, sondern wird dies erst durch eine formelle Erklärung ihrer Nichtigkeit durch den Richter. Das Wesen der auf Nichtigkeitserklärung einer Ehe gerichteten Klage besteht mithin gerade in dem, auch in concreto gestellten, Antrage auf gerichtliche Feststellung, daß die scheinbar bestehende Ehe rechtlich nicht existire. Aus einem solchen Ausspruche ergibt sich dann von selbst als rechtliche Folge, daß auch die Wirkungen der nur scheinbaren Ehe nicht eingetreten sind, und zwar weder in familienrechtlicher, noch in vermögensrechtlicher Beziehung. Eine solche Klage gehört zu den, einen präjudiziellen Charakter an sich tragenden s. g. Statusklagen und deren, nach dem materiellen Rechte (wie auch in § 586 C. P. O. anerkannt ist) zu beurtheilende Zulässigkeit ist vom Gesetzgeber überall nicht bezweifelt, sondern vielmehr als bestehend vorausgesetzt. **Der Zweck des § 231 C. P. O.** aber **geht dahin, mit Rücksicht einerseits auf das in Theorie und Praxis anerkannte Bedürfniß und andererseits auf die hervorgetretenen Unsicherheiten die Zulässigkeit bloßer Feststellungsklagen in einem weiteren Umfange, namentlich auch wegen obligatorischer Rechtsverhältnisse anzuerkennen und ihre Voraussetzungen einheitlich zu regeln.** (Vgl. Motive des Entwurfes S. 182—185.) Wenn auch nach den §§ 575 und 587 C. P. O. eine Verbindung einer vermögensrechtlichen Klage mit einer auf Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe gerichteten Klage unstatthaft ist, so bezwecken diese Bestimmungen nur, die Verbindung eines vermögensrechtlichen Anspruches mit jenen Klagen in demselben Verfahren zu untersagen, ohne daß hierdurch das Wesen jener Klagen als Präjudizialklagen irgendwie berührt wird. (R. G. 21. VI. 82.) R. C. IX. (57.) 214. 215. A. VI. (85.) 381. 382.

58. **Die Beischlafsvollziehung innerhalb einer bestimmten Zeit ist kein Rechtsverhältniß im Sinne des § 231,** sondern eine Thatsache, aus welcher unter gewissen Umständen, der erfolgten Schwängerung und Geburt eines Kindes, ein Rechtsverhältniß entstehen kann. (R. G. 18. X. 80.) A. II. (137.) 580.

59. **Nach gemeinem deutschem Rechte ist die Klage eines Kindes auf Verneinung der Vaterschaft desjenigen, welcher nach der gesetzlichen Vermuthung als sein ehelicher Vater zu gelten hätte, statthaft.** (R. G. 31. I. 87.) R. C. XVIII. (38.) 184.

60. **Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses gegenüber einer**

Digitized by Google

Klage auf Anerkennung eines Testamentes, s. hierüber einen Fall. (B. O. L. 3. XI. 81.) S. IX. (99.) 321—323.

61. **Klage auf Anerkennung einer Kirchenbaupflicht, zu deren Erfüllung der Beklagte sich, jedoch unter Protest gegen seine rechtliche Verpflichtung, bereit erklärt hatte.** Urtheil des obersten L. G. s. Bayern v. 5. Mai 1883. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 298 S. 387 f.

62. **Die Frage, ob Jemand gemäß einem jedes Jahr von neuem zu erlassenden Einkommensteuergesetz, zur Entrichtung von Einkommensteuer bezw. in welchem Umfang in Zukunft verpflichtet sei, ist kein „Rechtsverhältniß" im Sinne des § 231, sondern eine Rechtsfrage, die überdieß nicht im Civilprozesse ausgetragen werden kann.** (R. G. 11. II. 82.) R. C. VI. (119.) 385—387. A. V. (67.) 279—281.

63. **Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung, daß ein Miterbe Darlehensschuldner des Nachlasses sei.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern v. 21. Dez. 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 89 S. 132.

64. **Bestimmung des Werths des Streitgegenstandes bei einer Klage, welche auf die Feststellung gerichtet ist, daß dem Beklagten keinerlei Ansprüche gegen den Kläger zustehen.** Der Werth des Streitgegenstandes bestimmt sich nicht danach, welcher Theil der klägerischen Behauptungen im einzelnen vom Beklagten zugestanden oder bestritten wird, sondern nur nach dem Klagantrag im Ganzen. Das allgemein gefaßte Gesuch um die negative Feststellung, daß der Beklagte keinerlei Anspruch an den Kläger habe, erhält aber seine nähere Bestimmung erst durch die Angabe, welche von dem Beklagten erhobenen Ansprüche den Kläger zu diesem Antrage veranlaßt haben; wollte man dies nicht annehmen, so müßte man folgerichtigerweise dahin gelangen, den Werth des Streitgegenstandes für unendlich groß zu erklären, weil der Kläger dem Wortlaute zufolge die Negation aller denkbaren Ansprüche verlangt. (R. G. 23. V. 83.) R. C. XII. (99.) 361. 362.

65. Bei der negativen Feststellungsklage **bestimmt sich der Streitgegenstand** danach, welche vom Beklagten angeblich in Anspruch genommene Rechte der Kläger negirt wissen will, beziehungsweise welche Rechte der Beklagte im Gegensatze zur Klagbehauptung in Anspruch nimmt. (R. G. 21. I. 85.) U. u. A. I. (225.) 374.

§ 232. **§ 232.**

Mehrere Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten können, auch wenn sie auf verschiedenen Gründen beruhen, in einer Klage verbunden werden, wenn für sämmtliche Ansprüche das Prozeßgericht zuständig und dieselbe Prozeßart zulässig ist.

Die Besitzklage und die Klage, durch welche das Recht selbst geltend gemacht wird, können nicht in einer Klage verbunden werden.

§§ 575, 587, 608, 56, 57.

1. **Die Vorschriften des § 232 betreffen einen wesentlichen Bestandtheil des Verfahrens und unterliegen als solche nicht der freien Verfügung der Parteien; sie sind, auch wenn deren Verletzung im Laufe des Prozesses nicht gerügt wird, von Amtswegen zur Anwendung zu bringen.** (R. G. 25. X. 81.) R. C. V. (43.) 167.

2. **Die Häufung zweier widersprechender Klagen ist statthaft,** denn die Verfolgung des prinzipalen und eventuellen Klaganspruchs ist im gleichen Prozeßverfahren nach § 232 der C. P. O. nicht unstatthaft. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 160 S. 224. 225.

Digitized by Google

3. **Häufung sich widersprechender Klaggründe.** Eine, wenngleich nur event. Klagenhäufung, bei welcher der Kläger zunächst eine in bestimmter Weise qualifizirte eigene Willenserklärung behauptet, unmittelbar darauf solche als in der entgegengesetzten qualifizirt hinstellt und sich zum Beweise beider widerstreitenden thatsächlichen Behauptungen erbietet, somit event. bereit erklärt, eine oder die andere dieser Behauptungen eidlich zu erhärten, erscheint frivol und unstatthaft. (fr. 42 de R. J. 50. 17; Glück, Kommentar Bd. 4 S. 18; Wetzell, Civilproz. 2. Aufl. S. 781; Struckmann u. Koch, Komm. zur C. P. O. § 232 Nr. 7; v. Wilmowsky u. Levy, Komm. § 232 Nr. 4; Braunschw. Zeitschrift f. Rechtspflege Bd. 30 S. 14 ff.) Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig v. 4. Nov. 1885. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 330 S. 469.

4. **Das interdictum quod vi aut clam kann mit der Klage auf Anerkennung und Schutz des Rechtes verbunden werden,** weil dieses Interdikt (vgl. l. 16 pr. Dig. quod vi aut clam 43, 24) keine Besitzklage ist. (R. G. 6. XI. 86.) R. C. XVII. (29.) 124.

5. **Mit dem Verfahren in Ehesachen** (Buch VI Absch. I R. C. P. O.), welches als eine besondere Prozeßart erscheint, **kann eine Klage auf Herausgabe der von einem Ehegatten zurückbehaltenen Mobilien und Geldbeträge,** welche sich nur zur Verfolgung im ordentlichen Prozesse eignen, **nicht verbunden werden.** (R. G. 25. X. 81.) R. C. V. (43.) 166. S. noch bei § 575 eodem.

II. Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung.

Zustellung der Klage an den Beklagten.

§ 233.

§ 233.

Die Klageschrift ist zum Zwecke der Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung bei dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts einzureichen.

Nach erfolgter Bestimmung des Termins hat der Kläger für die Zustellung der Klageschrift Sorge zu tragen.

§ 234.

§ 234.

Zwischen der Zustellung der Klageschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung muß ein Zeitraum von mindestens einem Monate liegen (Einlassungsfrist). In Meß- und Marktsachen beträgt die Einlassungsfrist mindestens vierundzwanzig Stunden.

§§ 302, 459, 481, 567. G. V. G. § 102 Abs. 1.

Ist die Zustellung im Auslande vorzunehmen, so hat der Vorsitzende bei Festsetzung des Termins die Einlassungsfrist zu bestimmen.

§§ 182, 459 Abs. 2.

III. Wirkungen der Klageerhebung.

§ 235.

§ 235.

Durch die Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet.

Die Rechtshängigkeit hat folgende Wirkungen:

1. wenn während der Dauer der Rechtshängigkeit von einer Partei die Streit-

Digitized by Google

sache anderweit anhängig gemacht wird, so kann der Gegner die Einrede der Rechtshängigkeit erheben;
2. die Zuständigkeit des Prozeßgerichts wird durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt;
3. der Kläger ist nicht berechtigt, ohne Einwilligung des Beklagten die Klage zu ändern.

§§ 239, 240, 241, 254.

1. Abs. 1. **Durch Nebenintervention des Hauptschuldners in dem Prozeß gegen den Bürgen wird keine Rechtshängigkeit begründet.** Zwar sind der Hauptschuldner und die Bürgen correi debendi, und kommt ein in dem Prozeß gegen die Bürgen ergehendes absolutorisches Urtheil, wenn die Klagabweisung nicht aus subjektiven, in der Person des Bürgen liegenden Gründen, sondern deßhalb, weil der Klaganspruch für materiell unbegründet anerkannt wird, auch dem Hauptschuldner zu Statten kommt, während ein gegen die Bürgen ergehendes kondemnatorisches Urtheil nicht gegen den Hauptschuldner wirkt. Aber eben daraus, daß ein die Bürgen kondemnirendes Urtheil gegen den Hauptschuldner nicht wirkt, ergibt sich, daß der Prozeß gegen die Bürgen und der Prozeß gegen den Hauptschuldner sich nicht vollständig decken, daß das in dem einen Prozeß ergehende Urtheil nicht auf alle Fälle res judicata für den andern Prozeß macht. Daraus folgt aber weiter, daß daraus, daß der Prozeß gegen die Bürgen schwebt, keine Rechtshängigkeit für den Prozeß gegen den Hauptschuldner begründet wird. Die bloße Möglichkeit, daß in dem Prozeß gegen die Bürgen ein Urtheil ergehen kann, nämlich ein absolutorisches, welches auch dem Hauptschuldner zu Gute kommen würde, reicht nicht aus, um die Einrede der Rechtshängigkeit zu begründen. (Seuffert Archiv, Bd. 3, Nr. 264, Bd. 6 Nr. 257, Bd. 19 Nr. 22, Bd. 25 Nr. 212; vgl. mit den abweichenden Entscheidungen in Bd. 12 Nr. 12, Bd. 20 Nr. 20; vgl. auch Plank Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten. S. 287, 526. Urtheil des Reichsgerichts v. 19. März 1884. S. A. Bd. 39 bezw. 9, Nr. 341 S. 469.

2. **Durch die Kompensationseinrede wird nach der Civilprozeßordnung nicht ebenso wie durch die Widerklage bezüglich der Gegenforderung Rechtshängigkeit begründet, dieselbe hat vielmehr lediglich den Charakter eines Vertheidigungsmittels.** (Vgl. Entsch. des R. G's. in Civils. Bd. 6 S. 420flg.) Nach der klaren Vorschrift des § 235 dieses Gesetzbuches wird hierzu vielmehr die Erhebung einer Klage vorausgesetzt. Als eine solche Klage ist auch die Widerklage anzusehen, bei welcher der Beklagte sich nicht auf die Vertheidigung gegen die Klage beschränkt, sondern seinerseits angriffsweise vorgeht und selbständige über die Bekämpfung der Klage hinausgehende Anträge stellt. Auch durch den in § 253 C. P. O. vorgesehenen Antrag des Beklagten, daß ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältniß, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Prozesses abhängt, festgestellt werden solle, wird bezüglich dieses Rechtsverhältnisses Rechtshängigkeit begründet. Aber dieser Antrag ist nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes auf dem Wege der Widerklage zu stellen. Die Vorschrift in § 253 C. P. O. steht hiernach in vollem Einklange mit der Bestimmung in § 235 Abs. 1 dieses Gesetzbuches. Aus § 254 C. P. O. läßt sich die Ansicht, daß

Digitized by Google

auch die Kompensationseinrede Rechtshängigkeit begründe, nicht ableiten. Diese Vorschrift bezieht sich überhaupt nicht auf die durch § 235 geregelte Frage, in welcher Weise und in welchen Fällen Rechtshängigkeit begründet werde. Mit Rücksicht darauf, daß sowohl nach § 253 a. a. O. als bei der gewöhnlichen Widerklage die Klagerhebung im Laufe des Prozesses durch einen bei Gericht gestellten Antrag erfolgen kann, bestimmt vielmehr § 254, für die Rechtshängigkeit sei nur die Geltendmachung des Anspruches bei der mündlichen Verhandlung, nicht die Ankündigung desselben in einem vorbereitenden Schriftsatze maßgebend. Auch aus § 293 Abs. 2 C. P. O. ergibt sich nicht, daß durch die Kompensationseinrede bezüglich der Gegenforderung Rechtshängigkeit begründet werde. In Abs. 1 des angeführten Paragraphen wird die Regel aufgestellt, daß Urtheile der Rechtskraft nur insoweit fähig sind, als über den durch die Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden worden ist. Soweit diese Regel reicht, decken sich die Vorschriften über Rechtshängigkeit der Streitsache und Rechtskraft der Entscheidung. Mit Rücksicht darauf, daß die Entscheidung über die Kompensationseinrede auch die derselben als Unterlage dienende Gegenforderung berührt, welche infolge der Kompensation in demselben Maße wie die Hauptforderung getilgt wird, wird dann in § 293 Abs. 2 a. a. O. bestimmt, daß auch die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung in gewissem Umfange der Rechtskraft fähig sei. Durch diese Vorschrift, welche eine Ausnahme von der in § 293 Abs. 1 a. a. O. aufgestellten Regel enthält, wurde, da in § 235 eine ähnliche Bestimmung nicht getroffen wurde, das Verhältniß zwischen den Vorschriften über Rechtshängigkeit und Rechtskraft derart verschoben, daß sich dieselben nicht mehr vollständig decken. Es ist die durch die Kompensationseinrede veranlaßte Entscheidung, auch soweit sich dieselbe auf die Gegenforderung bezieht, der Rechtskraft fähig, obgleich hinsichtlich dieser Forderung durch die Geltendmachung der Einrede Rechtshängigkeit nicht eingetreten ist. Aber dieser Umstand, der sich aus der Verschiedenheit der in den §§ 235. 293 C. P. O. enthaltenen Vorschriften ergibt, kann nicht die Annahme rechtfertigen, daß die Kompensationseinrede bezüglich der Rechtshängkeit der Widerklage gleichstehe, denn § 293 beschäftigt sich lediglich mit der Rechtskraft der Entscheidung nicht mit der Rechtshängigkeit. Hätte hinsichtlich der letzteren gleichfalls eine Ausnahmebestimmung für die Kompensationseinrede getroffen werden sollen, so wäre dazu bei § 235 a. a. O. der Ort gewesen. Dort ist aber eine solche Vorschrift nicht erlassen worden. Es kann dahingestellt bleiben, ob durch das über die Kompensationseinrede entscheidende Urtheil eine anderweite Geltendmachung der Gegenforderung mittels Klage oder Widerklage ausgeschlossen wird. Jedenfalls kann in den Fällen, in welchen eine solche unter § 293 Abs. 2 C. P. O. fallende Entscheidung nicht vorliegt, aus der Geltendmachung der Gegenforderung auf dem Wege der Einrede nicht der Einwand abgeleitet werden, es sei in Ansehung dieser Gegenforderung ein Rechtsstreit anhängig. (S. über die Entstehungsgeschichte R. C. XVI. (93.) 377. 378). (R. G. 11. V. 86.) R. C. XVI. (93.) 375—378.

3. **Durch Geltendmachung einer Gegenforderung im Wege der Kom-**

Digitized by Google

penſationseinrede wird die Rechtshängigkeit der Gegenforderung nicht begründet. (R. G. 20. V. 87.) S. hierüber bei § 254 ad R. C. XVIII. (95.) 408—413.

4. Die Natur des Gegenſtandes des Eheſcheidungsprozeſſes bringt es mit ſich, daß zwei getrennte Prozeſſe über dieſen Gegenſtand nicht gleichzeitig neben einander beſtehen, und daß nach Erhebung der Klage der Beklagte, welchem ebenfalls Urſachen zum Scheidungsantrage zur Seite ſtehen, dieſelben nicht durch eine abgeſonderte Klage, ſondern nur in dem bereits anhängigen Verfahren mittels einer Widerklage geltend machen kann. **Nach § 254 C. P. O. tritt die Rechtshängigkeit eines Widerklageanſpruches aber erſt mit dem Zeitpunkte ein, in welchem derſelbe in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wird, d. h. die Erhebung der Widerklage mit rechtlicher Wirkung (§ 235 C. P. O.) iſt erſt in dieſem Zeitpunkte vollzogen, und die Klaganſtellung, durch welche nach §§ 720. 721 preuß. A. L. R. II. 1 die Fortſetzung der Ehe unterbrochen und die erforderliche Rüge bewirkt wird, hat dieſe Wirkung auch nur aus dem Grunde, weil ſie den Streit vor den Richter bringt und rechtshängig macht. Die Widerklage muß alſo innerhalb der Jahresfriſt rechtshängig gemacht ſein, damit die Ehe nicht ſeitens des beklagten Theiles als fortgeſetzt gilt.** Hat der Beklagte aber nach der Klagzuſtellung, an welchem Tage die einjährige Friſt nicht abgelaufen war, die ſeinerſeits zu beantragende Scheidung zuerſt in dem erſten mündlichen Verhandlungstermine rechtshängig machen können, und hat er dies gethan, ſo hat er hierdurch die einjährige Friſt gewahrt, indem dieſe bis zu demjenigen Zeitpunkte erſtreckt werden muß, in welchem nach dieſer Zeit zuerſt die Möglichkeit vorgelegen hat, die Widerklage rechtshängig zu machen. Es kann hiergegen nicht geltend gemacht werden, daß der Beklagte imſtande geweſen iſt, aber unterlaſſen hat, wegen der Widerklage einen Sühneverſuch zu beantragen; der Sühneverſuch iſt für die Widerklage nicht vorgeſchrieben und hat weder die Rechtshängigkeit der Widerklage noch die Unterbrechung der Friſt des § 721 C. P. O. bewirken können. (R. G. 5. IV. 86.) R. C. XV. (68.) 292. 293.

5. **Durch Erwirkung einſtweiliger Verfügungen wird nicht Rechtshängigkeit geſchaffen.** (R. G. 1. IV. 85.) U. u. A. II. (19.) 26.

6. **Abſ. 2. Ziff. 1. Der Begriff der Identität zweier Streitſachen oder Anſprüche iſt nicht mit demjenigen der Präjudizialität zu verwechſeln** (vgl. Endemann C. P. O. Bd. 1 S. 493). Die letztere findet ihre Berückſichtigung in § 139 der C. P. O., wonach unter den dort aufgeſtellten Vorausſetzungen eine Ausſetzung der Verhandlung angeordnet werden kann. Der Schutz gegen die gleichzeitige Verfolgung deſſelben Anſpruchs in verſchiedenen Prozeſſen iſt durch die Beſtimmung des § 235 (vgl. auch § 254) gegeben. Ob in einem Fall nur Präjudizialität oder Identität der Anſprüche vorliegt, mag unter Umſtänden zweifelhaft erſcheinen, ſo z. B. wenn nach Anhängigkeit eines Prozeſſes über das Darlehenskapital ein zweiter über die Zinſen begonnen wird (vgl. Endemann a. a. O. Nr. 1). (Vgl. auch Struckmann u. Koch Komm. Nr. 3 zu § 235, und in Bezug auf das frühere Prozeßrecht, Entſch. des R. O. H. G. Bd. 8 S. 168 und Bd. 12 S. 211—213 (Seuffert

Digitized by Google

Archiv Bd. 30 Nr. 91)). Urtheil des O. L. G. zu Hamburg v. 14. Febr. 1883. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 272 S. 347. 348.

7. **Die Rechtshängigkeit einer negativen Feststellungsklage begründet nicht die Einrede der Rechtshängigkeit gegenüber der Klage auf Leistung.** Nach § 235 der C. P. O. kann der Gegner die Einrede der Rechtshängigkeit erheben, wenn während der Dauer der Rechtshängigkeit die Streitsache anderweit anhängig gemacht wird. Die Einrede der Rechtshängigkeit beschränkt sich also, gleich der Einrede der abgeurtheilten Sache, auf dieselbe Streitsache. Dieselbe Streitsache liegt nun aber nicht vor, wenn die eine Partei eine negative Feststellungsklage, die Gegenpartei einen kondemnatorischen Anspruch erhoben hat. Denn sachliche Leistungen bilden bei einer Feststellungsklage überhaupt nicht den Gegenstand des Rechtsstreits. Durch Erhebung einer Feststellungsklage werden deßhalb kondemnatorische Ansprüche der Parteien nicht rechtshängig (vgl. Seuffert Komm. zu § 231). Urtheil des O. L. G. zu Hamburg v. 31. Oktober 1885. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 90 S. 133.

8. **Die Einrede der Rechtshängigkeit in Couponsprozessen gegen Oesterreichische Eisenbahnen kann nicht auf das Oesterreichische Kuratorengesetz vom 24. April 1874 gestützt werden.** (R. G. 8. I. 81.) A. III. (60.) 219—222 und (R. G. 9. VII. 81.) A. IV. (67.) 249. 250. Sh. hierüber auch noch bei § 247 Ziff. 3 eodem.

9. **Ziff. 3.** Ueber **Klageänderung** s. § 489 ad R. C. VII. (125.) 416—418.

10. **Maßgebend für die Beurtheilung, ob eine Klageänderung im Sinne der R. C. P. O. vorliege, ist,** wie die Entstehungsgeschichte der hier einschlägigen Bestimmungen nachweist, **die Frage, ob der neue Klagegrund ein solcher ist, durch den die Natur des Anspruchs nicht geändert wird,** so daß einer wiederholten Geltendmachung des ursprünglich erhobenen Anspruchs auf Grund des ergangenen Urtheils die exceptio rei judicatae entgegengesetzt werden könnte. (B. O. L. 10. V. 81.) S. IX. (46.) 153.

11. **Eine Klagänderung ist es, wenn ein Nichtberechtigter an Stelle des Berechtigten den Prozeß fortführen will.** (R. G. 11. XII. 83.) R. C. XI. (78.) 341.

12. **Die Bezugnahme des Klägers auf eine andere rechtliche Beurtheilung seines Klagvorbringens enthält nicht die Aufstellung eines neuen Klaggrundes, keine unzulässige Klagänderung.** (R. G. 30. IV. 85.) U. u. A. II. (55.) 103.

13. **Ein Vertheidigungsbehelf gegen eine Einrede schließt keine Klageänderung in sich, wenn auch derselbe als Klagegrund hätte mitbenützt werden können.** (B. O. L. 21. VI. 81.) S. IX. (69.) 226.

14. **Die nachträgliche Bezugnahme auf eine vorgängige mündliche Verabredung nach früherer alleiniger Geltendmachung einer hierwegen später vorgenommenen schriftlichen Erklärung schließt keine unzulässige Klagänderung in sich.** Der eigentliche Klagegrund ist und bleibt das Uebereinkommen, auf Grund dessen ein und dasselbe Recht vorher in Frage steht. Hierdurch ändert sich in der Identität des Rechtsstreites überhaupt und speziell des Klagegrundes nichts. (B. O. L. 10. V. 81.) S. IX. (46.) 153.

Digitized by Google

15. **Es ist eine unzulässige Klagänderung, bezw. Klagenhäufung, wenn die rei vindicatio durch die utilis rei vindicatio gegen den fictus possessor ersetzt bezw. beide Klagen verbunden werden sollen.** Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig v. 27. Mai 1884. S. A. XLI. bezw. XI. (300.) 447. 448.

16. **Eine Aenderung der Klage (des Klagegrundes) ist nicht anzunehmen, wenn mittels der Paulianischen Klage in erster Instanz die Ungültigkeitserklärung eines zum vollgültigen Abschlusse gelangten, angeblich zur Benachtheiligung der Gläubiger vereinbarten Rechtsgeschäftes beantragt, und später der Antrag auf die außerdem zu erkennende Ungültigkeitserklärung einer jüngeren Rechtshandlung erstreckt wird, welche, ohne ein selbständiges Rechtsgeschäft darzustellen, sich darauf beschränkt, das Vorhandensein thatsächlicher Voraussetzungen des in der Klage angefochtenen Rechtsgeschäftes zu konstatiren.** (R. G. 28. II. 81.) R. C. IV. (69.) 248 ff.

17. **Bei einer Klage auf Vertragsanfechtung vom Standpunkte des Scheins ist eine Klagänderung durch nachträgliche Geltendmachung der Voraussetzungen einer Klage aus dem paulianischen Rechtsmittel gegeben.** Der Antrag, eine Rechtshandlung für nichtig zu erklären, weil dieselbe nicht ernstlich gemeint sei, und anderseits der Antrag, dieselbe für unwirksam zu erklären, weil sie, obschon ernstlich gemeint, doch von einem nachgehends der Zahlungsmittel entbehrenden Schuldner in der Absicht, Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen wurde, beruhen auf so wesentlich verschiedener thatsächlicher Grundlage, daß der Uebergang aus der einen in die andere Begründung nur mittelst Klageänderung sich vollziehen kann. Die wesentliche Verschiedenheit dieser beiden Klagegründe zeigt sich auch sofort darin, daß eine rechtskräftige Entscheidung über den einen Klagegrund nicht eine auf den andern gestützte Klage behindern würde. (§§ 235 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 3, 240 der C. P. O.; Hahn, die gesammelten Materialien zur C. P. O. Abth. I S. 259 u. 260, insbesondere Abth. II S. 1002.) — (B. O. L. 25. IX. 82.) S. IX. (228.) 675.

18. **Es ist keine Klagänderung, wenn ein Anspruch aus § 2 des Haftpflichtgesetzes nachträglich auf das Verschulden eines anderen, als des ursprünglich aufgeführten Aufsehers, oder auf andere Gesetze gestützt wird.** Urtheil des Reichsgerichts v. 7. Juli 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (301.) 448 ff.

19. **Aus der Aufführung eines Steindammes zum Uferschutze durch den treffenden Grundeigenthümer kann ein Fischereiberechtigter keinen Entschädigungsanspruch ableiten. Die nachträgliche Behauptung einer Beeinträchtigung des erwähnten Rechts durch Einwerfen von Steinen in das Flußbett selbst stellt sich als eine Klagänderung dar.** Hier ist also direkter Eingriff in fremde Rechtssphäre mit der Folge völliger Aufhebung der Ausübung dieses Rechts, dort nachtheilige Einwirkung einer Bauführung auf eigenem Grunde für das klägerische Recht behauptet. Jene neue Thatsache bildet bei solcher Verschiedenheit auch eine vollständige Aenderung des Klagegrundes, wie schon daraus sich ergibt, daß, während die ursprüngliche als Klagegrund aufgestellte thatsächliche Behauptung den Anspruch des Klägers zu begründen nicht vermag, die neuerliche Behauptung möglicher Weise nach der einen oder anderen Richtung eine Haftung

Digitized by Google

des Beklagten begründen könnte. Es würde die rechtskräftige Entscheidung über den ersten Klagegrund nicht eine auf den andern gestützte Klage behindern, was als Kriterium einer unstatthaften Klagänderung zu gelten hat — Hahn, Materialien I S. 295 und II S. 1002; Endemann, Kommentar zur Civilprozeßordnung § 240. — (B. O. L. 12. X. 83.) S. X. (66.) 172 f. 176.

§ 236.

§ 236.

Die Rechtshängigkeit schließt das Recht der einen oder der andern Partei nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch zu zediren.

Die Veräußerung oder Zession hat auf den Prozeß keinen Einfluß. Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Prozeß als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben. Tritt der Rechtsnachfolger als Nebenintervenient auf, so findet der § 66 keine Anwendung.

Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar.

§§ 238, 665.

1. **Abs. 2.** Der § 236 der Reichs-Civilprozeßordnung, welcher das gemeinrechtliche Verbot, einen Streitgegenstand nach Eintritt der Rechtshängigkeit einer Streitsache zu veräußern, aufhebt, bestimmt wohl im Abs. 2, daß die Veräußerung oder Zession, nämlich dieser Rechtsakt für sich selbst, auf den Prozeß keinen Einfluß habe, und zieht aus diesem Grundsatze sofort die in einer ausdrücklichen Vorschrift anerkannte Folgerung, daß der Rechtsnachfolger nicht berechtigt sei, ohne Zustimmung des Gegners den Prozeß als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen. Gerade aus dieser Bestimmung folgt aber umgekehrt mit unumstößlicher Gewißheit, daß dann, wenn der Gegner zu dem von der einen Partei veranlaßten Eintritt eines Anderen in den Prozeß seine Zustimmung ertheilt, eine solche mit Einwilligung beider Parteien erfolgte Aenderung in dem Parteiverhältnisse ihre ungeschmälerte Wirkung äußern und sohin die Parteirolle selbst auf die in dem Prozeß neu eintretende Person übergehe. Aus diesem Grunde ist **die zeugenschaftliche Vernehmung einer nach Zession ihres Anspruchs mit Zustimmung des Gegners aus dem Streite getretenen Hauptpartei in dieser Sache zulässig.** (B. O. L. 10. IV. 83.) S. X. (28.) 70. 71.

2. **Die singuläre Bestimmung des § 236 Abs. 2 bezieht sich** ihrem klaren Wortlaute nach **nur auf freiwillige Aeußerungen und Zessionen** und hängt, wie aus Abs. 1 des § 236 erhellt, mit der Beseitigung des gemeinrechtlichen Verbotes der Veräußerung einer res litigiosa zusammen. Sie ist also nicht auf den Fall auszudehnen, wenn eine gepfändete Geldforderung dem Gläubiger gemäß § 736 zur Einziehung — nicht an Zahlungsstatt — überwiesen wurde. (B. O. L. 14. X. 82.) S. IX. (238.) 700.

3. Uebergang der exceptio litis pendentis und der exceptio rei judicatae auf solche Singular-Successoren, welche lite pendente erworben haben. S. hierüber S. A. Bd. 35 Nr. 252 S. 365 und die dort angeführten Zitate.

§ 237.

§ 237.

Ist über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts, welches für ein Grundstück in Anspruch genommen wird, oder einer Verpflichtung, welche auf einem Grund-

Digitized by Google

stücke ruhen soll, zwischen dem Besitzer und einem Dritten ein Rechtsstreit anhängig, so ist im Falle der Veräußerung des Grundstücks der Rechtsnachfolger berechtigt und auf Antrag des Gegners verpflichtet, den Rechtsstreit in der Lage, in welcher er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen.

§ 238.

Man könnte versucht sein, das im § 273 C. P. O. dem Kläger ertheilte Recht, bei dem Streite über eine einem Grundstücke angesonnene Verpflichtung von dem späteren Erwerber des Grundstückes zu verlangen, daß er den Rechtsstreit in der Lage, in welcher er sich befindet, als Hauptpartei übernehme, für einen ihm durch das Gesetz gewährten selbstständigen Anspruch zu halten (vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts § 43), über welchen dann wegen dieser seiner Selbständigkeit durch Endurtheil und unter Zulassung der Berufung zu entscheiden sein würde (§§ 272. 472 C. P. O.). Eine gewisse Rechtfertigung für diese Anschauung würde darin liegen, daß das in einem Prozesse geltend gemachte Recht, im Laufe des Prozesses unter Einwirkung der Prozeßgesetze aus verschiedenen Gründen, z. B. wegen nicht sachgemäßer Vertheidigung des Beklagten, eine ganz andere rechtliche Gestalt annehmen kann, sodaß das rechtliche Verhältniß des Besitznachfolgers, der genöthigt wird, den Prozeß in seiner jetzigen Lage zu übernehmen, möglicherweise ein ganz anderes sein kann, als wenn gegen ihn ein neuer Prozeß angestellt würde. Die Civilprozeßordnung hat aber eine solche Trennung des Streites über die Verpflichtung zur Prozeßübernahme von dem Streite über den im Prozesse verhandelten Anspruch selbst nicht angeordnet. Sie behandelt vielmehr den ersteren Streit als bloße die Passivlegitimation des Rechtsnachfolgers im Hauptprozesse betreffende Zwischenfrage. Wenn der Kläger auf Grund des § 237 C. P. O. den Antrag stellt, daß ein Dritter als angeblicher Rechtsnachfolger des Beklagten den Prozeß in der Lage, in welcher er sich befindet, als Hauptpartei übernimmt, so wird der Dritte durch Zustellung der diesfälligen Ladung ohne weiteres als Partei mit dem Prozesse ebenso befaßt, wie dies bezüglich des ursprünglich Beklagten durch Zustellung der Klage der Fall ist (§ 230 C. P. O.). Die Behauptungen, welche der Kläger zur Rechtfertigung seines Antrages aus § 237 über die angebliche Rechtsnachfolge aufstellt, bilden die Grundlage zur Beurtheilung der Sachlegitimation des Dritten. Es bleibt dem Ermessen des Gerichtes anheimgestellt, ob dasselbe gemäß § 137 a. a. O. die Verhandlung zunächst auf die Feststellung der Passivlegitimation des Rechtsnachfolgers einschränken will. **Befindet der Richter, daß der Dritte überhaupt nicht Rechtsnachfolger im Sinne des § 237 ist, oder daß demselben die Ausnahmebestimmung in § 238 zur Seite steht, so hat er den Kläger mit dem den Hauptanspruch selbst verfolgenden Klagantrage dem Dritten gegenüber abzuweisen. Es kommen dann die Erwägungen über das Vorhandensein der Voraussetzungen der §§ 237. 238 lediglich als Entscheidungsgründe für die Abweisung mit dem Klagantrage in Betracht. Daß ein solches Erkenntniß ein Endurtheil und daß gegen dasselbe die Berufung zulässig ist, kann nicht zweifelhaft sein, denn es erledigt den Hauptanspruch gegen den Dritten endgültig. Erachtet dagegen der Richter den Dritten für verpflichtet, in den Prozeß einzutreten, also zur Sache für legitimirt, und will er diese Sachlegitimation durch ein besonderes Urtheil feststellen, so hat dasselbe die Natur eines Zwischenurtheiles, und es hängt dann von**

Digitized by Google

der nachfolgenden Entscheidung über den Hauptanspruch ab, ob gegen diese die Berufung zulässig ist. — S. auch bei § 275 ad R. C. XI. (102.) 391. — (R. G. 26. IV. 84.) R. C. XI. (72.) 317. 318. A. X. (127.) 512. 513.

§ 238.

§ 238.

Die Bestimmungen des § 236 Absatz 3 und des § 237 kommen insoweit nicht zur Anwendung, als ihnen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Erwerb beweglicher Sachen, über den Erwerb auf Grund des Grund- oder Hypothekenbuchs und über den Erwerb in gutem Glauben entgegenstehen. In einem solchen Falle kann dem Kläger, welcher veräußert oder zedirt hat, der Einwand der nunmehr mangelnden Sachlegitimation entgegengesetzt werden.

§ 665. H. G. B. Art. 306, 307.

§ 239.

§ 239.

Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die sonstigen Wirkungen der Rechtshängigkeit bleiben unberührt. Diese Wirkungen, sowie alle Wirkungen, welche durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts an die Anstellung, Mittheilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage, an die Ladung oder Einlassung des Beklagten geknüpft werden, treten unbeschadet der Vorschrift des § 190 mit der Erhebung der Klage ein.

§ 254. E. G. § 13 Nr. 4. W. O. Art. 80. Konk. O. § 13. E. G. z. Konk. O. § 3.

1. **Nach der R. C. P. O. gibt es eine Klageanmeldung als Prozeßakt überhaupt nicht mehr, und nach § 239 derselben treten die Wirkungen, welche durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts an die gerichtliche Klageanmeldung geknüpft sind,** abgesehen von dem Falle des § 190, **mit Erhebung der Klage ein, welche nach § 230 durch Zustellung der Klage erfolgt.** Die betreffenden Bestimmungen des Allgem. Landrechts sind dadurch aufgehoben. (R. G. 5. II. 81.) A. III. (90.) 326. 327.

2. Durch § 239 der R. C. P. O. sind auch alle materiellrechtlichen Bestimmungen („die Vorschriften des bürgerlichen Rechts"), welche **die Unterbrechung der Verjährung** durch bloße Klaganmeldung zulassen (z. B. also auch § 555 Thl. I Tit. 9 des preuß. Allg. Landrechts), aufgehoben. **Die Unterbrechung der Verjährung erfolgt vielmehr lediglich durch Klagezustellung** (§ 230 der R. C. P. O.), **daher nicht schon durch das Gesuch um Ertheilung des Armenrechts.** (R. G. 5. X. 81.) A. IV. (124.) 427—429.

3. **Die Streitverkündung unterbricht die Verjährung nicht.** Die R. C. P. O. legt die Wirkung einer Ladung, (welche z. B. der Art. 2244 des Bürgerl. G. B. erheischt), zunächst der Erhebung der Klage bei (§§ 230, 239) und stellt in §§ 190, 254, 461 Abs. 2, 471 gewisse andere Akte der Klageerhebung gleich, aber darunter ist die Streitverkündung nicht genannt und konnte nicht genannt werden, weil es mit dem Wesen der Streitverkündung nach Maßgabe der R. C. P. O. unvereinbar ist. Hiergegen läßt sich auch nichts aus der Wirkung der Streitverkündung nach Maßgabe von R. C. P. O. § 71 Abs. 3 mit § 65 einwenden; denn selbst bei Annahme einer Art von Rechtskraft des betreffenden Urtheils gegenüber dem Streitverkündeten bezieht sich dies nur auf die dort entschiedenen Fragen, nicht aber auf die Regreßpflicht des Streitverkündeten gegenüber dem Streitverkünder, welche gemäß § 69 der R. C. P. O. nur den Anlaß zur Streitverkündung bildet, nicht aber Gegenstand des Prozesses und der Entscheidung ist. (R. G. 13. XI. 83.)

Digitized by Google

A. IX. (21.) 85. S. hierüber noch bei § 13 Abs. 3 des Einf. Ges. zur R. C. P. O. ad A. IX. (21.) 85. 86.

4. **Die Klagerhebung ist,** was die in § 239 der R. C. P. O. beregten Wirkungen anlangt, **an die Stelle der Litiskontestation getreten.** (R. G. 29. III. 82.) R. C. VI. (61.) 221.

Klageänderung.

§ 240. **§ 240.**

Als eine Aenderung der Klage ist es nicht anzusehen, wenn ohne Aenderung des Klagegrundes

1. die thatsächlichen oder rechtlichen Anführungen ergänzt oder berichtigt werden;
2. der Klagantrag in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt wird;

   §§ 253, 267, 491.

3. statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird.

   §§ 267, 491.

1. **Abs. 1. Nach der Vorschrift des § 240 C. P. O. ist, entsprechend der Tendenz des neuen Prozeßgesetzes nach möglichst freier Gestaltung des mündlichen Verfahrens, auch dem Kläger gestattet, seine schriftliche Klage in jeder Beziehung zu modifiziren, soweit nicht die Aenderung des Klagegrundes vorliegt, deren Zulässigkeit von der ausdrücklichen oder stillschweigenden Einwilligung des Beklagten abhängt** (§ 235 Nr. 3 mit § 241 C. P. O.) (R. G. 22. XI. 83.) R. C. X. (122.) 396.

2. **Dem Richter liegt es ob, die rechtliche Natur und den Charakter einer Klage nach Maßgabe der zur Begründung derselben angeführten Thatsachen und des gestellten Antrages seinerseits zu würdigen, ohne daß er dabei an die Rechtsansichten der Parteien gebunden wäre.** (R. G. 21. VI. 82.) R. C. IX. (57.) 214. A. VI. (85.) 380.

3. Ueber **Klageänderung** s. § 489 ad R. C. VII. (125.) 416—418.

4. **Die Vorschriften der Reichs-Civilprozeßordnung über Klagänderung gelten für jede als Kläger aufgetretene Partei, mochte sie zur Verfolgung des nämlichen Anspruchs auch in der Rolle des Beklagten mittels Einrede befugt gewesen sein.** (B. O. L. 11. X. 83.) S. X. (65.) 170.

5. Jede Aenderung, welche mit dem Inhalt des Klagefundaments in der Art vorgenommen wird, daß ein wesentlicher Bestandtheil desselben gänzlich beseitigt und an dessen Stelle eine andere Thatsache oder ein anderer Umstand gesetzt wird, bringt auch eine Aenderung der Klage hervor. Deßhalb ist **bei Klagansprüchen aus einer Zession jedes Vorbringen, welches einen andern, als den ursprünglich behaupteten Zessionsvertrag anruft, als eine** (auch in der Berufungsinstanz unzulässige) **Klageänderung anzusehen.** Der Zessionsakt auf welchen in der Klage der Erwerb einer Forderung gegründet ist, ist für das Klagefundament wie für die Klage überhaupt ein unerläßliches, wesentliches Element, ohne welches das Klagefundament und die Klage unvollständig sein und der schlüssigen Substanziirung entbehren würden, und er ist daher als ein Theil der Klage anzusehen, welcher nicht fortfallen und durch einen davon gänzlich verschiedenen Erwerbsakt ersetzt werden kann, ohne daß hiermit zugleich eine wirkliche Aenderung der Klage vor sich geht. Eine solche Aenderung betrifft keineswegs nur die Beweisführung über den

Digitized by Google

Rechtserwerb des Klägers, sondern diesen Rechtserwerb selbst in seiner thatsächlichen Darlegung, also den das Klagefundament bildenden Thatbestand, und hiermit die Klage und eine solche Aenderung der Klage ist (in der Berufungsinstanz nach § 489 der R. C. P. O. auch mit Einwilligung des Gegners) nicht zulässig. (R. G. 15. XII. 81.) A. V. (19.) 90. 91.

6. **Wenn die Klagebehauptung, daß nach vorliegender Uebereinkunft eine Forderung mit dem ihm anhaftenden Hypothekenrechte übertragen worden sei, vor dem Berufungsgerichte durch das Vorbringen ersetzt wird, daß die fragliche Uebertragung ohne dieses Hypothekenrecht stattgefunden habe, so ist keine Klageänderung gegeben.** (B. O. L. 10. X. 1880.) S. VIII. (203.) 561.

7. **Klagen aus Forderungen, die während des Prozesses in der höheren Instanz fällig werden, sind nicht abzuweisen. Vielmehr ist, wenn der Anspruch begründet ist, auf Verurtheilung zu erkennen und die pluspetitio temporis nur für den Kostenpunkt von Einfluß.** [(Vgl. R. G. 30. IV. 80.) R. C. I. (153.) 425—427.] — (R. G. 3. I. 83.) A. VII. (85.) 277. 278.

8. **Abs. 2, Ziff. 1. Nach dem § 240 Nr. 1 der R. C. P. O. ist es als eine Aenderung der Klage nicht anzusehen, wenn ohne Aenderung des Klaggrundes die thatsächlichen oder rechtlichen Anführungen ergänzt oder berichtigt werden.** S. hierüber einen Fall (R. G. 5. V. 81). A. IV. (21.) 76. 77.

9. **Nach der rechtlichen Natur der Novation steht das aus einer anderen Verbindlichkeit durch Novation entstandene Darlehen rechtlich ganz gleich dem gewöhnlichen Darlehen, weßhalb darin, daß vom Kläger an die Stelle des letzteren Anspruches ein durch Novation entstandenes Darlehen gesetzt worden ist, nicht eine Aenderung des Klagegrundes gefunden werden darf,** vielmehr liegt darin nur eine Berichtigung der thatsächlichen und rechtlichen Anführungen der schriftlichen Klage, welche zufolge § 240 Nr. 1 C. P. O. dem Kläger auch ohne Einwilligung des Beklagten erlaubt ist. (R. G. 22. XI. 83.) R. C. X. (122.) 396. 397.

10. **Ziff. 2. Die im § 240 Nr. 2 gestattete Erweiterung des Antrages bezieht sich nicht bloß auf eine Anfügung neu entstandener Ansprüche sondern auch auf eine Steigerung des ursprünglichen Antrages.** Für diese Ansicht sprechen auch die Entscheidungen des zweiten und dritten Senates des Reichsgerichtes, wonach der Klagantrag ohne Angabe eines bestimmten Quantums, vielmehr nur auf Erhöhung des von der Regierung festgesetzten Betrages der Entschädigung, gestellt werden kann. (Vgl. Erk. i. S. der rheinischen Eisenbahngesellschaft w. Schäfer, Rep. II. 21/83 u. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 4, S. 386 f.). Die Zulassung eines so unbestimmten Antrages erscheint nur möglich, wenn man davon ausgeht, daß durch Beschreitung des Rechtsweges der Richter an Stelle der Regierung auf die im Prozesse gewonnenen Grundlagen hin den Werth der enteigneten Sache feststellen soll. Daß der Richter hierbei das vom Kläger geforderte Quantum nicht überschreiten darf, folgt aus der Vorschrift des § 279 C. P. O. (R. G. 14. I. 85.) R. C. XII. (74.) 301.

11. **Abgrenzung des Begriffes der Klagänderung.** Aus dem, was in § 230 Abs. 2 Nr. 2 C. P. O. über den wesentlichen Inhalt der

Digitized by Google

Klageschrift vorgeschrieben ist, ergibt sich, daß die Klagänderung bestehen muß entweder in der Aenderung des Grundes des Anspruches, oder in der Aenderung des Gegenstandes desselben oder — was mit dem letzteren zusammenfällt — Aenderung des Antrages. Dementsprechend ist in § 240 unter Nr. 1 C. P. O. der Aenderung des Klagegrundes die bloße Ergänzung oder Berichtigung einzelner zum Klagegrunde gehöriger Anführungen, unter Nr. 2 der Aenderung des Klagantrages die bloße Erweiterung oder Beschränkung desselben gegenübergestellt; unter Nr. 3 wird dann noch eine Ausnahmebestimmung hinzugefügt, wonach selbst die Aenderung des Klagantrages dann ausnahmsweise nicht als Klagänderung gelten soll, wenn sie „wegen einer später eingetretenen Veränderung" vorgenommen wird. Was nun besonders Nr. 2 des § 240 anlangt, so würde der engste Wortsinn der Ausdrücke „**erweitert**" und „**beschränkt**" durch die Beziehung auf rein quantitative Unterschiede bei im übrigen völlig gleichartigem Begehren erschöpft sein. Aber nicht nur würde diese Auslegung zu einer sehr formalistischen Handhabung des Gesetzes führen, deren praktische Wirkung über den legislativen Zweck des Verbotes der Klagänderung, nämlich eine ungebührliche Erschwerung der Vertheidigung des Beklagten bezw. eine Verwirrung des Prozesses zu verhindern, weit hinausreichen würde, sondern es gewährt auch die Civilprozeßordnung selbst einen Anhalt dafür, daß die obigen Ausdrücke in einem weiteren Sinne zu nehmen sind, indem in § 253 C. P. O. die Erhebung einer sog. Inzidentfeststellungsklage unter den Begriff der Erweiterung des Klagantrags gebracht ist. Bei der Abgrenzung der Erweiterung wie der Beschränkung des Klagantrags gegen die Aenderung desselben muß dann freilich ein gewisses richterliches Ermessen walten. (R. G. 5. IV. 84.) R. C. XIV. (120.) 428. 429.

12. Eine **Erweiterung der Sachbitte** ist nach den Motiven bewilligt, um die Zahl der Prozesse zu vermindern; sie ist bis zum Schlusse derjenigen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, nach § 253 gestattet und kann in zweiter wie in erster Instanz vorgenommen werden, ohne Einschränkung, ob das Vorbringen in erster Instanz möglich war oder nicht. (Seuffert, Kommentar zur R. C. P. O. S. 274, 275 und 276 Nr. 6; Sarwey, Kommentar zur R. C. P. O. S. 364; Bülow, C. P. O. S. 385; Fitting, C. P. O. S. 103 und 205). (B. O. L. 28. V. 83.) S. X. (42.) 111.

13. **Die durch den § 240 Ziff. 2 C. P. O. zugelassene Erweiterung des Klagantrages ist auch noch in zweiter Instanz zulässig.** Nach § 485 C. P. O. finden die für das Verfahren in erster Instanz geltenden Vorschriften, abgesehen von dem aus Buch III. Abschn. 1 C. P. O. sich ergebenden Abweichungen, auch für die Berufungsinstanz Anwendung. Dies gilt insbesondere auch von den Bestimmungen des § 240. In der Berufungsinstanz wird der Rechtsstreit von neuem in den Grenzen der dort gestellten Anträge (§ 487) verhandelt, welche Anträge freilich nicht über die Grenzen des Klagegrundes, der Klage selbst hinausgehen dürfen. Eine Erweiterung des Antrages der Klage ist aber ebensowenig wie in erster Instanz ausgeschlossen. Mittelbar wird die Zulässigkeit auch dadurch bestätigt, daß im Gegensatze zu der durch den § 235 Ziff. 3 für die erste Instanz zugelassenen Aenderung der Klage, selbst unter

Digitized by Google

Einwilligung des Gegners, der § 489 eine solche Aenderung ausdrücklich für unstatthaft erklärt. (R. G. 28. II. 81.) R. C. IV. (69.) 251.

14. **Die Einführung eines neuen Erwerbsgrundes nach Zustellung der Klage ist als unzulässige Klageänderung anzusehen.** (R. G. 4. I. 84.) S. hierüber bei § 230 Ziff. 2 ad R. C. X. (142.) 434. 435. A. IX. (76.) 348—350.

15. **Ob bei Bezeichnung eines neuen Erwerbsgrundes für ein bestrittenes Eigenthumsrecht eine unzulässige Klageänderung vorliege,** ist von der Frage abhängig, ob für die Eigenthumsklage das Erforderniß aufgestellt werden muß, daß expressa causa geklagt werde. In der früheren deutschen Gerichtspraxis und von den Schriftstellern des gemeinen deutschen Prozesses ist vorherrschend dieses Erforderniß für nothwendig erachtet worden. Aber auch nach der C. P. O., welche nunmehr die allein maßgebende Norm für die Entscheidung der Frage bildet, ist die Frage in gleichem Sinne zu beantworten. Der § 230 Nr. 2 R. C. P. O. verlangt von der Klageschrift die bestimmte Bezeichnung des Grundes des erhobenen Anspruches und will hierunter, was nicht zweifelhaft sein kann, die Angabe des sogenannten Klaggrundes verstanden wissen. Was Klaggrund sei, definirt die Reichscivilprozeßordnung des näheren nicht. Der § 240 gibt nur negative Merkmale für diese Begriffsbestimmung an die Hand, wogegen die §§ 235, 293 und 489 die Wirkungen festsetzen, welche mit der vorschriftsmäßigen Erhebung eines Anspruchs, bezw. mit der Geltendmachung eines Klaggrunds für das betreffende Prozeßverfahren verbunden sind. Dagegen enthalten die Motive zur C. P. O. eine Definition des fraglichen Begriffs, indem sie aus Anlaß des § 230 Nr. 2 sich dahin aussprechen, daß unter Klaggrund diejenigen Thatsachen zu verstehen seien, welche an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen. Diese Erläuterung steht in Uebereinstimmung mit dem Sinn, welchen die Gesetzesworte (§ 230 Nr. 2) ergeben und wird überdies nicht unwesentlich unterstützt durch die Vorschrift des § 296 (vgl. Gaupp Komm. Bd. 2 S. 5). Auch bei dinglichen Klagen bildet der Entstehungsgrund des streitigen Rechts einen Theil des Klaggrunds. Die bloße Bezeichnung des dinglichen Rechts, welches geltend gemacht wird, kann diesem wesentlichen Erforderniß des Klaggrunds nicht genügen. Damit wird zwar das Rechtsverhältniß, welches der Klage zu Grunde gelegt und aus welchem ein Anspruch abgeleitet ist, seinem Gegenstande und seinem allgemeinen Charakter nach erkennbar gemacht, allein es fehlt die „bestimmte Angabe des Grundes des erhobenen Anspruchs", nämlich die Darlegung derjenigen Thatsachen, welche geeignet sind, den Anspruch zu erzeugen und als in der Person des Klägers erwachsen erscheinen zu lassen. Ohne Nennung des Erwerbsgrunds mangelt somit der Regel nach die thatsächliche Substantiirung, welche das Gesetz ebensowohl für die gerichtliche Verfolgung von persönlichen, wie für diejenige von dinglichen Rechten als Erforderniß aufstellt. Dieses Resultat steht mit dem Standpunkt, von welchem der Gesetzgeber bei § 240 der C. P. O. ausgeht, nicht im Widerspruch. Wenngleich die Absicht der hier getroffenen prozessualischen Bestimmungen dahin

Digitized by Google

gerichtet ist, Aenderungen am Klagvorbringen in ausgedehntem Maß zu gestatten, so ist doch die Unabänderlichkeit des Klaggrunds selber in positivster Weise festgehalten und damit zu erkennen gegeben, daß jede Aenderung des Klaggrunds als unzulässige Klagänderung zu erachten sei. Urtheil des Reichsgerichts v. 4. Januar 1884. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 145 S. 214. 215. S. hierüber auch noch eine Entscheidung des O. L. G. zu Hamburg v. 9. Oktober 1883 in S. A. Bd. 39 Nr. 144 S. 213. 214, wo es unter anderem heißt: Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, was unter „Grund des erhobenen Anspruchs" (§ 230 der C. P. O.) oder „Klaggrund" (§ 240) zu verstehen sei. Wenn bei der Eigenthumsklage unter Klaggrund nur die Behauptung des Eigenthums an der vindizirten Sache zu verstehen ist, wie u. A. Seuffert, Komm. 2. Aufl. S. 271, 298 und Wach, Vorträge über die C. P. O. S. 15 ff. meinen, dann würde in der späteren Angabe eines anderen Erwerbsgrunds des geltend gemachten Eigenthums nur eine nach § 240 zulässige Ergänzung oder Berichtigung der früheren thatsächlichen Anführungen ohne Aenderung des Klaggrunds enthalten sein. Wenn dagegen bei jener Klage — wie u. A. Struckmann u. Koch, Komm. 4. Aufl. Anm. 5 zu § 230, Anm. 2. zu § 240; Gaupp, Komm. Bd. 2 S. 4 ff., S. 48 meinen, s. auch Seuffert, Archiv Bd. 37 Nr. 155 — der angegebene Erwerbsgrund des Eigenthums den Klaggrund bildet, würde die spätere Geltendmachung eines anderen Erwerbsgrunds eine Aenderung des Klaggrunds enthalten, also unstatthaft sein. Letztere Auffassung ist die richtige. Es ist nicht allein anzunehmen, daß dieselbe früher, namentlich in der Praxis, die herrschende Meinung gewesen ist (Seuffert, Archiv Bd. 27 Nr. 278 O. A. G. zu Lübeck); diese Ansicht findet sich auch in den Motiven zur C. P. O. ausgesprochen. Dieselben bemerken zu § 222 des Entwurfs (§ 230 des Gesetzes): Den „Grund des erhobenen Anspruchs" (§ 222 Nr. 2, § 583 Nr. 3) oder den „Klaggrund" (§ 232 gleich § 240 des Gesetzes) bilden diejenigen Thatsachen, welche nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts „an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen" — die rechtsbegründenden Thatsachen. Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, daß diese letztere Auffassung auch dem Sinn der Gesetzgebung bei den §§ 230, 240 der C. P. O. entspricht. —

16. **Es ist keine Klagänderung, wenn die Zinsenforderung auf die Zeit von der Klagerhebung ausgedehnt wird.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern v. 3. Dez. 1885. S. A. Bd. 41 bezw. 11 Nr. 234 S. 364.

17. **Es ist keine Aenderung der Klage, wenn der Kläger in erster Instanz die Kompensation eines bestimmten Betrages geltend macht, in zweiter Instanz aber die Zahlung desselben fordert.** Es handelt sich hier wie dort um die prozessualische Verfolgung der nämlichen Forderung, und läßt sich eine Verschiedenheit nur insoweit anerkennen, als der auf Zahlung gerichtete Antrag dem früheren Kompensationsantrage gegenüber als eine Erweiterung im Sinne des § 240 Abs. 2 a. a. O. angesehen werden kann. Zufolge der bezogenen Gesetzesvorschrift, die hier Anwendung findet, ist aber eine unzulässige Klagänderung dann nicht anzunehmen, wenn ohne Aenderung des Klagegrundes der Klagantrag in der Hauptsache oder in

Digitized by Google

Bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt wird. (R. G. 27. I. 85.) R. C. XIV. (98.) 347.

18. **Unstatthafte Klageänderung, wenn in 1. Instanz beantragt wird: das Nichtbestehen einer Servitut des Beklagten; in 2. Instanz: das Bestehen des klägerischen Eigenthums anzuerkennen.** Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe v. 26. Mai 1884, Annalen der bad. Ger. Bd. 52 S. 241 ff. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 65 S. 94. 95.

19. Eine **Aenderung des Klaggrundes** liegt vor, wenn zufolge der **Bestimmungen des fränkischen Rechtes über Errungenschafts-Gemeinschaft** durch eine Ehefrau auf Anerkennung des Miteigenthums an einem Hause zur Hälfte und auf Freigabe dieser Hälfte von einer für eine Schuld ihres Mannes erwirkten Beschlagnahme geklagt, vor der Berufungsinstanz aber gänzliche Löschung der Beschlagnahme unter dem Hinweise darauf beantragt ist, daß einseitige Schulden eines in Errungenschaft lebenden Ehetheils während der Dauer der Ehe aus dem gemeinschaftlichen Vermögen überhaupt nicht zu berichtigen seien. (B. O. L. 28. V. 83.) S. X. (42.) 109 ff.

§ 241.

§ 241.

Die Einwilligung des Beklagten in die Aenderung der Klage ist anzunehmen, wenn derselbe, ohne der Aenderung zu widersprechen, sich in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat.

§ 489.

§ 242.

§ 242.

Eine Anfechtung der Entscheidung, daß eine Aenderung der Klage nicht vorliege, findet nicht statt.

1. **Der § 242 C. P. O.** schreibt vor, daß eine Anfechtung der Entscheidung, daß keine Klageänderung vorliege, nicht stattfinden solle. Diese zunächst für das Verfahren vor den Landgerichten getroffene Vorschrift **muß nach der allgemeinen Fassung des § 485 C. P. O. auch für das Berufungsverfahren Geltung haben, wenn aus den von der Berufung handelnden Bestimmungen sich keine Abweichung ergibt. Eine diesfällige Abweichung ist aber aus § 489 C. P. O. nicht zu entnehmen.** (R. G. 3. XII. 80.) R. C. III. (102.) 372. (R. C. IV. (109.) 391—393. III. (118.) 415. 416.)

2. **Tragweite der Bestimmung des § 242 C. P. O., eine Anfechtung der Entscheidung, daß eine Aenderung der Klage nicht vorliege, finde nicht statt.** Es liegt am nächsten, diese Bestimmung dahin zu verstehen, daß, wenn in den Gründen eines die Klage zulassenden Urtheils ausgeführt ist, es liege keine Klageänderung vor, der Beklagte nicht berechtigt sei, wegen Irrigkeit dieses Grundes das Urtheil durch ein Rechtsmittel anzufechten und Abänderung desselben dahin zu verlangen, daß die Klage wegen Klageänderung abzuweisen sei. Allein die Tendenz des Gesetzgebers geht weiter. **Jede Nachprüfung der Frage, ob eine Klageänderung vorliege, soll dann ausgeschlossen sein, wenn der erkennende Richter über diese Frage sich in verneinendem Sinne ausgesprochen hat, gleichviel ob durch das Erkenntniß die Klage zugelassen oder aus einem anderen Grunde abgewiesen worden ist.** Zwar ist der in der zweiten Lesung der Justizkommission des Reichstags eingebrachte Antrag auf Aufnahme der betreffenden Bestimmung folgendermaßen motivirt worden: „Man thue gut, die Anfechtung der das Vorhandensein einer Klageänderung

Digitized by Google

verneinenden Entscheidung auszuschließen. Denn wenn darauf die höhere Instanz erkläre, es liege eine Klagänderung vor, so sei die ganze materielle Verhandlung und Entscheidung in der ersten Instanz vergeblich gewesen." (L. Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 2 S. 1002.) Der gerügte Uebelstand liegt also nicht vor, wenn der Richter die Klage aus einem anderen Grunde abweist und gegen das Urtheil wegen dieses Grundes vom Kläger ein Rechtsmittel eingewendet, vom Beklagten aber zur Aufrechterhaltung des Urtheils geltend gemacht wird, es habe schon deßwegen auf Abweisung der Klage erkannt werden müssen, weil eine Klagänderung vorliege. Allein für die Tragweite einer gesetzlichen Bestimmung ist der Umfang des Motivs, aus welchem dieselbe hervorging, nicht maßgebend, und es ist weder eine seltene Erscheinung, daß der Gesetzgeber bei Formulirung einer Bestimmung nur den voraussichtlich häufigsten Fall ihrer Anwendung im Auge hat, noch ist ein solches Verfahren, wenn bewußt befolgt, zu mißbilligen. Was nun die fragliche Bestimmung selbst betrifft, so ist bei Erlaß derselben der Gesetzgeber von dem sonst festgehaltenen Grundsatz über die Bedeutung der Entscheidungsgründe abgewichen. Während im allgemeinen für die Frage, ob eine richterliche Entscheidung angefochten werden kann oder nicht, die Besonderheit der rechtlichen Begründung derselben gleichgültig ist und dem höheren Richter die Prüfung sämmtlicher in Betracht kommenden Gründe freisteht und obliegt, schließt der Gesetzgeber die Anfechtung eines Urtheils insofern und insoweit aus, als dasselbe auf der Annahme beruht, eine Klagänderung liege nicht vor. Dies setzt voraus, daß das Aussprechen dieses Grundes als eine selbständige Entscheidung aufgefaßt wird, welcher zugleich, wenigstens für den betreffenden Prozeß, sofortige Rechtskraft beigelegt wird, und dieser Auffassung entspricht die Formulirung des § 242 insofern, als derselbe von einer Anfechtung nicht des Urtheils, sondern der Entscheidung selbst spricht. Mit dieser Auffassung aber würde es unverträglich sein, dem Beklagten die Befugniß zuzugestehen, zum Zweck der Aufrechterhaltung des ihm günstigen Urtheils die Frage, ob eine Klagänderung vorliege, der Kognition des höheren Richters zu unterbreiten. Diese Auffassung des § 242 steht auch mit der Fassung desselben nicht in Widerspruch, da allgemein von einer „Anfechtung", nicht von einer „Anfechtung durch Rechtsmittel" gesprochen wird, **eine Anfechtung der Entscheidung aber auch dann vorhanden ist, wenn vertheidigungsweise, d. h. zum Zweck der Aufrechterhaltung des angefochtenen Urtheils, die Richtigkeit der Entscheidung des früheren Richters bestritten wird.** (R. G. 9. IV. 81.) R. C. IV. (117.) 412—414. A. III. (149.) 530—532.

3. **Der § 242 gilt auch für das Berufungsurtheil** (§ 485 C. P. O.). Das Gesetz will die Streitigkeiten über das Vorhandensein einer Klagänderung thunlichst abkürzen, ihnen nur eine einzige Instanz eröffnen, falls sie gegen den Beklagten entschieden werden (Protokolle der Reichstagskommission S. 541 ff.). (R. G. 15. II. 81.) R. C. III. (118.) 415.

4. **Die Vorschrift in § 242 C. P. O. findet nach § 485 l. c. auch Anwendung auf Entscheidungen des Berufungsgerichts, welche dahin gehen, daß eine Klagänderung nicht vorliege.** Der § 242 bezweckt, Streitigkeiten über Klagänderungen thunlichst abzukürzen. Deßhalb sind erstinstanzliche Entscheidungen, landgerichtliche wie amtsgerichtliche (vgl. § 456 C. P. O.),

Digitized by Google

welche das Vorhandensein einer Klagänderung verneinen, für unanfechtbar erklärt, und dabei ist namentlich hervorgehoben worden: Würde die Anfechtung zugelassen, alsdann aber von der „höheren Instanz" eine Klagänderung als vorhanden angesehen, so sei die ganze materielle Verhandlung und Entscheidung in der ersten Instanz vergeblich ergangen; die Frage, ob eine Klagänderung vorliege, sei mehr prozeßleitender Natur und nicht hinreichend wichtig, um im Verneinungsfalle eine ausführliche Verhandlung und Beweisaufnahme der ersten Instanz von der zweiten für vergeblich erklären zu lassen (Protokolle der Reichstagskommission, 85. Sitzung S. 541 ff.; Hahn, Materialien zur C. P. O. II. Abth. S. 1002). Ebenso äußert sich zu § 242 der von der Kommission unter dem 19. Oktober 1876 erstattete Bericht (Abschn. II S. 5; Hahn a. a. O. 1195) dahin: „Dem Wunsch, unnütze Streitigkeiten zu vermeiden, ist soweit Rechnung getragen, daß, wenn bei vorhandenem Widerspruche das Gericht erster Instanz entschieden hat, eine Klagänderung liege nicht vor, diese Entscheidung durch Rechtsmittel nicht anfechtbar sein soll." Die Vorschrift des § 242 auf Entscheidungen der Berufungsinstanz nicht zu erstrecken, gebricht es an einem hinlänglichen Grunde. In dem Berufungsverfahren darf der Kläger neue Thatsachen vorbringen (§ 491 Abs. 1 C. P. O.). Zu einer erstinstanzlichen Entscheidung darüber, ob das neu Vorgebrachte die Klage abändere, werden daher gerade die Oberlandesgerichte häufig veranlaßt sein; und ganz die nämlichen Rücksichten, welche den Gesetzgeber bewogen haben, die Anfechtung einer im landgerichtlichen und amtsgerichtlichen Verfahren zum Vortheile des Klägers gefällten Entscheidung über Klagänderungen auszuschließen, sprechen für eine ebenmäßige Behandlung gleichartiger Entscheidungen des Oberlandesgerichts. Den Protokollen und dem Berichte der Reichstagskommission sind Gegengründe nicht zu entnehmen. Wenn dort von Entscheidungen „der ersten Instanz", „des Gerichts erster Instanz" die Rede ist, so zeigt der Zusammenhang deutlich, daß darunter Entscheidungen desjenigen Gerichts verstanden werden, welches zuerst in die Lage kommt, die Frage, ob eine Klagänderung stattgefunden habe, zu prüfen. **Durch die allgemeine Fassung des § 485 ist die Ausdehnung des in § 242 vorgezeichneten Grundsatzes auf oberlandesgerichtliche Urtheile zulänglich bestimmt anerkannt.** „Abweichungen", welche zu einer anderen Auffassung nöthigten, ergeben sich aus den Bestimmungen in §§ 472—506 C. P. O. keineswegs. Zwar bestimmt § 489, abweichend von dem, was nach § 235 Abs. 2 Ziff. 3 und § 241 im landgerichtlichen Verfahren gilt, daß von dem Berufungsgerichte eine Aenderung der Klage selbst mit Einwilligung des Gegners nicht verstattet werden solle. Hieraus folgt indessen nichts für die Beantwortung der vorliegenden Frage. Denn § 489 hat lediglich den Zweck, die Befugniß des Klägers, im Einverständnisse mit dem Beklagten die Klage zu ändern, dem öffentlichen Interesse entsprechend, auf die erste Instanz einzuschränken. Wäre dem Kläger erlaubt, mit Genehmigung des anderen Theiles vor dem Berufungsgerichte die Klage zu ändern, so würde es in der Macht der Parteien stehen, unter Umgehung des geordneten Instanzenzuges thatsächlich den Rechtsstreit bloß in einer (der zweiten) Instanz verhandeln und entscheiden zu lassen. Dergleichen allgemeinen Grundsätzen zuwiderlaufenden Parteiberedungen will § 489 die

Digitized by Google

Wirkung entziehen (Abs. 1 der Motive zu §§ 466—472 des Entwurfes — S. 516 der Kortkampf'schen Ausgabe; Hahn a. a. O. I. Abth. S. 355). Ein hiervon wesentlich verschiedener Fall ist es aber, wenn der Beklagte einer Angabe des Klägers als unstatthafter Klagänderung widerspricht, der Berufungsrichter hierüber entscheidet und dazu gelangt, den Einwand des Beklagten zu verwerfen. Allerdings kann die Entscheidung unrichtig sein. Dann wird den Parteien in der That eine Instanz entzogen. Indessen geschieht das solchen Falles nicht vermöge eines unzulässigen Kompromisses der Parteien, welches der § 489 allein vor Augen hat, sondern es handelt sich um eine falsche Handhabung des Gesetzes, deren Folgen jeder durch eine unanfechtbare Entscheidung Benachtheiligte über sich ergehen lassen muß. (R. G. 11. III. 81.) R. C. IV. (109.) 391—393. A. III. (118.) 422—424. (R. C. III. (102.) 371.)

5. **Durch die Bestimmung des § 242 ist die Möglichkeit, die Entscheidung darüber, daß eine Aenderung der Klage nicht vorliege, mittels Berufung oder Revision an die höhere Instanz zu bringen, geradezu ausgeschlossen.** (Seuffert, Kommentar zur R. C. P. O. S. 278 Anm. 2.) Es ergibt sich dies auch aus den Vorschriften der §§ 473 und 510 der R. C. P. O., nach welchen der Beurtheilung des Berufungs- und Revisionsgerichtes zwar auch diejenigen Entscheidungen unterliegen, welche dem Endurtheile vorausgegangen sind, aber nur insoferne als dieselben nach dem Gesetze nicht für unanfechtbar erklärt sind. (B. O. L. 4. XI. 81.) Z. IX. (100.) 324.

IV. Zurücknahme der Klage.

§ 243. **§ 243.**

Die Klage kann ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zurückgenommen werden.

Die Zurücknahme der Klage erfolgt, wenn sie nicht bei der mündlichen Verhandlung erklärt wird, durch Zustellung eines Schriftsatzes. Abschrift desselben ist sofort nach erfolgter Zustellung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Die Zurücknahme der Klage hat zur Folge, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist; sie verpflichtet den Kläger, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, sofern nicht über dieselben bereits rechtskräftig erkannt ist. Auf Antrag des Beklagten ist diese Verpflichtung durch Urtheil auszusprechen.

Wird die Klage von neuem angestellt, so kann der Beklagte die Einlassung verweigern, bis die Kostenerstattung erfolgt ist.

§ 247 Nr. 5.

1. Abs. 1. **Die bloße gerichtliche Anzeige des Klägers, daß er befriedigt sei, enthält nicht eine ihn zur Zurückforderung des Prozeßkostenvorschusses berechtigende Zurücknahme der Klage.** Denn eine lediglich an das Prozeßgericht noch vor dem Termin gerichtete schriftliche Anzeige, daß Kläger befriedigt sei, ist für die prozessuale Lage der Sache einflußlos, da dieselbe außerhalb der mündlichen Verhandlung und noch bevor durch Eröffnung der letzteren das Prozeßgericht in Erörterung der Sache eingetreten ist, erfolgt ist. Würde aber auch die Anzeige dem Beklagten zugestellt, so würde dieselbe doch diesen, da sie die Rechtshängigkeit der Sache nicht beseitigt, des Rechts nicht berauben, dem Kläger eine neue Ladung zustellen zu lassen, um in der mündlichen Verhandlung das Geständniß des Klägers festzustellen und nach § 277 der C. P. O. ein die

Digitized by Google

Klage abweisendes, für ihn die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache begründendes und den Anspruch auf Kostenerstattung wahrendes Erkenntniß erlangen zu können (Motive zu §§ 277, 278). Beschluß des O. L. G. zu Dresden v. 31. März 1880. Wallmann, deutsche Juristenzeitung Bd. 4 S. 631. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 302 S. 469. 470.

2. **Die Zurücknahme der Klage in der Berufungsinstanz ist auch in Ehesachen unzulässig.** Die R. C. P. O. hat beim Verfahren in Ehesachen — §§ 568—592 — den Grundsatz des § 53 des früheren Gesetzes vom 28. Juni 1844, wonach die Klage bis zur Rechtskraft des Ehescheidungsurtheils mit der dort angegebenen Wirkung zurückgenommen werden konnte, nicht zur Geltung gebracht. Nach ihren allgemeinen Vorschriften kann der Prozeß nach § 243 a. a. O. durch Zurücknahme der Klage nur im Laufe der ersten Instanz seine Erledigung finden. Ist aber das Urtheil erster Instanz ergangen und die Berufung dagegen eingelegt, so kann durch bloße Zurücknahme der Klage und den Verzicht auf deren Fundamente das Urtheil und die Berufung nicht beseitigt werden. (R. G. 21. XII. 82.) A. VII. (52.) 180. 181.

3. **In dem** (einstweiligen) **Fallenlassen einer einzelnen Klagbehauptung** (z. B. daß ein Haftpflichtanspruch auch wegen Fehlens der Schutzbrillen begründet sei) **liegt kein Verzicht auf den betreffenden Klaggrund.** (§ 243 der C. P. O.) (R. G. 22. V. 85.) U. u. A. II. (198.) 429.

4. **Abs. 2.** Die Zurücknahme der Klage kann nach § 243 ebensowohl schriftlich vor dem Verhandlungstermine, wie durch Erklärung bei der mündlichen Verhandlung erfolgen. Allein **zur Wirksamkeit einer Zurücknahme durch Schriftsatz gehört** nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes **die Zustellung jenes Aktes.** (R. G. 5. V. 82.) R. C. VII. (108.) 357.

5. **Abs. 3. Gebührenordnung für Rechtsanwälte. Der Anwalt des Beklagten, der eine schriftliche Klagebeantwortung eingereicht hat, hat auch dann die volle Prozeßgebühr nach dem Werthe des Streitgegenstandes zu beanspruchen, wenn die Klage vor dem Verhandlungstermin durch einen bei dem Gericht eingereichten Schriftsatz zurückgenommen und im Termin nur über die Kosten verhandelt wird.** Nach § 9 der Geb. O. für R. Anw. werden die Gebühren der Rechtsanwälte nach dem Werthe des Streitgegenstandes erhoben. Auf die Werthsberechnung finden nach § 10 ibid. die Vorschriften der §§ 9 bis 13 des G. K. G. Anwendung und diese verweisen wiederum (§ 9) auf die §§ 3 bis 9 der R. C. P. O. Nach § 4 der letzteren ist aber für jene Berechnung der Zeitpunkt der Erhebung der Klage maßgebend und wann die Klage als erhoben gilt, bestimmen die §§ 230 und 460 der R. C. P. O. In Gemäßheit dieser Vorschriften hat vor Allem der Anwalt des Klägers die in § 13 Ziff. 1 der Geb. O. für R. Anw. zugebilligte Prozeßgebühr nach § 9 Ziff. 11 ibid. als die dem Anwalte gesetzlich zustehende Vergütung für seine gesammte Thätigkeit außerhalb der mündlichen Verhandlung anzusprechen. Dasselbe muß aber auch für den Anwalt des Beklagten, in Rücksicht auf den Prozeßbetrieb, zum Zwecke der Rechtsvertheidigung gelten. Zwar hat die Unterlassung der Einreichung einer Klagbeantwortung (§ 244 der R. C. P. O.) keine Nachtheile in

Digitized by Google

der Sache selbst zur Folge, falls nur Beklagter in der mündlichen Verhandlung sich erklärt; allein es liegt aus verschiedenen Gründen im Interesse des Beklagten, einen vorbereitenden Schriftsatz einzureichen. Und wenn dies geschehen ist, so hat der Anwalt des Beklagten den Prozeß gerade so außerhalb der mündlichen Verhandlung betrieben, wie der Anwalt des Klägers. Ob die Prozeßgebühr dem ersteren auch in dem Falle zuzugestehen sei, wenn er keinen vorbereitenden Schriftsatz überreicht, liegt außerhalb der Grenzen der gegenwärtigen Entscheidung. Nun konnte allerdings eine Beschränkung des durch die Klagerhebung fixirten Streitobjekts auf die Prozeßkosten durch die Zurücknahme der Klage in der Hauptsache stattfinden und diese Zurücknahme nach § 243 der R. C. P. O. ebensowohl schriftlich vor dem Verhandlungstermin, wie durch Erklärung bei der mündlichen Verhandlung erfolgen. Allein zur Wirksamkeit einer Zurücknahme durch Schriftsatz gehört nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes die Zustellung jenes Aktes. Eine nur bei dem Vorsitzenden des Gerichts oder sonst außergerichtlich dem Beklagten gegenüber erklärte Zurücknahme ist als solche ganz bedeutungslos: sie bindet nicht den Kläger und erzeugt keine Rechte für den Beklagten. Erst von dem Momente an, als Kläger vor dem Eintritte in die mündliche Verhandlung erklären läßt, daß er den Klaganspruch auf die Prozeßkosten beschränke, bilden letztere ausschließlich den Streitgegenstand und ist die Verhandlungsgebühr für beide Anwälte nach § 13 Ziff. 2 resp. § 9 Ziff. 3 der Geb. O. für R. Anw. anzusetzen. Irgend welche rückwirkende Kraft auf die Bemessung der Prozeßgebühr kann aber jener Erklärung nicht beigelegt werden. Dies alles ist eine nothwendige Folge des in § 12 des G. K. G. ausgesprochenen, nach § 10 der Geb. O. für R. Anw. auch für die Anwaltsgebühren maßgebenden Grundsatzes, daß für Akte, welche einen Theil des Streitobjekts betreffen, die Gebühren nach dem Werthe dieses Theils in Ansatz kommen. (R. G. 5. V. 82.) R. C. VII. (108.) 356—358. A. V. (143.) 540—542.

6. Abs. 4. Ueber Substanziirung der prozeßhindernden Einrede s. § 247 Ziff. 5 ad R. C. VI. (108.) 360. 361.

V. Die Klagebeantwortung und der Wechsel weiterer vorbereitender Schriftsätze.

§ 244. **§ 244.**

Der Beklagte hat dem Kläger mittels vorbereitenden Schriftsatzes die Klagebeantwortung innerhalb der ersten zwei Drittheile der Zeit, welche zwischen der Zustellung der Klageschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegt, zustellen zu lassen.

Die Unterlassung der Einreichung einer Klagbeantwortung hat keinen Nachtheil in der Sache selbst zur Folge, falls nur Beklagter in der mündlichen Verhandlung sich erklärt; allein es liegt aus verschiedenen Gründen im Interesse des Beklagten, einen vorbereitenden Schriftsatz einzureichen. (R. G. 5. V. 82.) R. C. VII. (108.) 357.

§ 245. **§ 245.**

Insoweit die Klageschrift und die Klagebeantwortung zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nicht genügen, hat jede Partei dem Gegner solche thatsächliche Behauptungen, Beweismittel und Anträge, auf welche derselbe voraussichtlich ohne vorhergehende Erkundigung keine Erklärung abgeben kann, vor der mündlichen Verhandlung

Digitized by Google

mittels ferneren vorbereitenden Schriftsatzes so zeitig mitzutheilen, daß der Gegner die erforderliche Erkundigung noch einzuziehen vermag.

Tritt eine Vertagung der mündlichen Verhandlung ein, so kann das Gericht die Fristen bestimmen, binnen welcher die noch erforderlichen vorbereitenden Schriftsätze mitzutheilen sind.

Vertagung zum Zwecke der Aufklärung des Sachverhalts ist im Falle der Nichtbeobachtung der Vorschrift des § 245 der R. C. P. O. auch dann erforderlich, wenn diese Aufklärung den von Amtswegen zu prüfenden Nachweis der Formrichtigkeit der Berufung betrifft. (R. G. 4. IV. 82.) A. V. (115.) 458.

VI. Die mündliche Verhandlung.

§ 246.

§ 246.

Die mündliche Verhandlung erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften.

§§ 119—151; 228.

Sh. hierüber bei § 128 und namentlich ad R. C. VIII. (87) 325. 326, sowie bei § 487 und hier namentlich ad R. C. VIII. (88) 326 bis 328.

1. Vorverhandlung über prozeßhindernde Einreden.

§ 247.

§ 247.

Prozeßhindernde Einreden sind gleichzeitig und vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen.

Als solche Einreden sind nur anzusehen:

1. die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts,
2. die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs,
3. die Einrede der Rechtshängigkeit,
4. die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten.
5. die Einrede, daß die zur Erneuerung des Rechtsstreits erforderliche Erstattung der Kosten des früheren Verfahrens noch nicht erfolgt sei,
6. die Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit oder der mangelnden gesetzlichen Vertretung.

Nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache können prozeßhindernde Einreden nur geltend gemacht werden, wenn dieselben entweder solche sind, auf welche der Beklagte wirksam nicht verzichten kann, oder wenn der Beklagte glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden nicht im Stande gewesen sei, dieselben vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen.

G. V. G. § 106. §§ 249, 465, 509, 513, 528, 11, 467, 36, 38, 39.

1. **Abs. 1. Die Civilprozeßordnung kennt, abgesehen von prozeßhindernden Einreden, keine sog. Präjudizialeinreden.** (R. G. 10. V. 82.) R. C. VI. (134) 431. 432. A. VI. (27) 137.

2. **Die Einrede der mangelnden Passivlegitimation gehört nicht zu den prozeßhindernden des § 247**; über dieselbe kann nicht gemäß § 248 C. P. O., sondern nur nach verhandelter Hauptsache erkannt werden. (R. G. 24. V. 84.) R. C. XIII. (82) 333.

3. Die gemeinrechtliche **exceptio spolii** ist als selbstständiges Vertheidigungsmittel des Beklagten durch die Civilprozeßordnung nicht beseitigt. Zwar wird dieselbe in § 247 nicht unter den prozeßhindernden Einreden aufgezählt; daraus folgt aber nur, daß ihre Vorschützung dem Beklagten nicht mehr die Befugniß gibt, die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern, nicht auch, daß deren Gebrauch als selb-

Digitized by Google

ständiges Vertheidigungsmittel unzulässig geworden ist. (R. G. 24. III. 82.) R. C. VII. (99.) 329. 330.

4. Eine im bürgerlichen Rechtsstreite über eine prozeßhindernde Einrede ergangene rechtskräftige Entscheidung erledigt nicht den Anspruch selbst, läßt vielmehr dessen Geltendmachung an einem anderen Orte, auf einem anderen Wege, beziehungsweise nach Beseitigung des Hindernisses zu anderer Zeit offen. (R. G. 13. VII. 81.) R. A. III. (220.) 480. A. IV. (95.) 226. S. noch bei Ziff. 2 ad R. C. VIII. (118.) 398. 399.

5. **Abs. 2. Wenn nach § 247 Abs. 2 C. P. O. „nur" die hier zu Nr. 1—6 aufgeführten Einreden als prozeßhindernde anzusehen sind, so dürfen Einreden anderer Art den Vorschriften der Civilprozeßordnung über prozeßhindernde Einreden, namentlich den Bestimmungen des § 248, nicht unterstellt werden;** selbst dann nicht, wenn dabei ebenso, wie bei jenen sechs Einreden, eine Prozeßvoraussetzung (die Verpflichtung des Beklagten, auf den Rechtsstreit sich einzulassen) in Frage ist. Die Aehnlichkeit des Einredegegenstandes allein rechtfertigt eine entsprechende Anwendung der von den prozeßhindernden Einreden geltenden Grundsätze um so weniger, als für diese Einreden ein eigenes Verfahren besteht, welches von der prozessualen Behandlung aller übrigen Einreden erheblich abweicht und dem Beklagten besondere Vortheile gewährt. **Die hierauf bezüglichen Vorschriften sind demnach eng (streng restriktiv) auszulegen.** (R. G. 28. XI. 82.) R. C. VIII. (97.) 348. (R. G. 20. VI. 84.) R. C. XII. (118.) 400.

6. **Die Einrede der mangelnden Parteifähigkeit zählt nicht mit zu den prozeßhindernden Einreden,** und der § 247 ist nach der Bestimmung des zweiten Satzes: „Als solche Einreden sind nur anzusehen ꝛc." eng auszulegen. (R. G. 24. III. 85.) U. u. A. I. (281.) 460.

7. Ziff. 1. **Nach der Ausdrucksweise der Civilprozeßordnung begreift die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes lediglich den Einwand, daß, vermöge der gesetzlichen Bestimmungen über die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Gerichte oder vermöge rechtswirksamer Vereinbarung (vgl. §§ 38—40 C. P. O.) nicht das von dem Kläger angerufene, sondern ein anderes ordentliches oder besonderes Gericht (§§. 13. 14. G. V. G.) für die erhobene Klage zuständig sei. Wesentlich hiervon verschieden ist der Einwand, daß die Parteien sich dahin geeinigt haben, die jetzt an das ordentliche Gericht gebrachte Streitigkeit durch Schiedsrichter erledigen zu lassen.** Die Zuständigkeit des von der klagenden Partei angegangenen Gerichtes bleibt dabei ganz außer Betracht. Der Beklagte behauptet nicht, daß dieses Gericht zufolge gesetzlicher oder vertragsmäßiger Bestimmung unzuständig sei, sondern er bestreitet die Zulässigkeit gerichtlicher Geltendmachung des Klageanspruches schlechthin; er will überhaupt jeder von dem Staate eingesetzten Behörde die Befugniß zur Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreites absprechen. Ein derartiges Vertheidigungsmittel kann nicht unter Nr. 1 des § 247 fallen, weil die jetzt geltenden Prozeßgesetze die Ausdrücke „zuständig", „Zuständigkeit" überall nur da brauchen, wo es sich darum handelt, den Geschäftskreis der staatlichen Behörden unter einander abzugrenzen. Für das Verhältniß zwischen staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten kommt der Ausdruck „zuständig" nicht vor. Derselbe wäre hier auch nicht am Platze. Denn

Digitized by Google

der Schiedsspruch steht dem richterlichen Urtheile nicht vollständig gl
ersetzt es nicht in jeder Beziehung (§§ 866—868 C. P. O.) Jeden
sind die Schiedsrichter keine Gerichtsbehörde. „Gerichte" im Sinne
neuesten Prozeßrechtes können nur öffentliche, staatliche Behörden
(§ 15. G. V. G.). Hätte übrigens die Civilprozeßordnung der Vorsc
des § 247 Nr. 1 die Einrede des Schiedsvertrages mit unterord
wollen, so wäre auch die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsw
von der Vorschrift getroffen (vgl. die Worte „Zuständigkeit von
waltungsbehörden" in § 13 G. V. G.), mithin die Bestimmung u
Nr. 2 entbehrlich gewesen. Die besondere Hervorhebung der zu 2
nannten Einrede läßt aber anderweit erkennen, welcher beschränkte
der Bestimmung unter Nr. 1 beigelegt werden muß. **Die Einrede:**
**teien haben vereinbart, daß über das streitige Rechtsverhältniß ein Sch
gericht entscheiden soll, ist sonach keine prozeßhindernde.** (R. G. 28. XI.
R. C. VIII. (97.) 348. 349. Einige Kommentatoren der Civilpro
ordnung (Puchelt, Komm. z. C. P. O. Bd. 2 S. 732 Anm. 3
851; Petersen in Busch, Zeitschr. f. deutsch. Civilpr. Bd. 3 S. 2
Komm. z. C. P. O. Bd. 1 S. 414 flg. 2. Aufl.) wollen die Ein
des Schiedsvertrags als Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsw
auffassen. Dies ist aber nicht richtig. S. hierüber unter Ziffer 2
R. C. VIII. (97) 349. 350. (R. C. X. (113.) 367. 368.)

8. Die vom Staate — nach Gegenstand oder Raum — gezo
Kompetenzgrenze der Gerichte kann zwar — unterschiedlich von der
zeichnung des Rechtsweges — in den vom Gesetze gestatteten Fä
(§ 40 Abs. 2 C. P. O.) von den Parteien anders bestimmt und
**Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes dadurch beseitigt werden,
die Parteien ausdrücklich — oder stillschweigend durch vorbehaltlose
lassung — für einen Rechtsstreit die Zuständigkeit eines an sich unzu
digen, aber ordentlichen, d. h. nach der Civilprozeßordnung zur Entscheid
in erster Instanz berufenen, Gerichtes vereinbaren,** sich also der Ge
eines an sich unzuständigen, aber ordentlichen Gerichts erster Ins
unterwerfen (§§ 38—40 C. P. O., § 3 Abs. 1 Einführungsgesetz
Civilprozeßordnung, §§ 13. 15 Gerichtsverfassungsgesetz, §§ 3. 4
führungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetze). **Allein diese vertrag
Unterwerfung ist grundsätzlich verschieden von derjenigen Vereinbar
durch welche die Parteien die Entscheidung eines Rechtsstreites durch Sch
richter bestimmen.** Die gemeinrechtliche Entwickelung des Schiedsvertr
— compromissum — hat sich an den Vergleich angelehnt, und fol
dieser Auffassung hat auch die Civilprozeßordnung den Schiedsver
in Beziehung zu dem Vergleiche gesetzt (§ 851 a. a. O.). Der Schi
vertrag, indem er für ein bestimmtes Rechtsverhältniß den Rechts
statt vor Gericht, vor Schiedsrichtern, also vor Privatpersonen,
zeichnet, lehnt sich — gleichsam als Theil der Hauptobligation —
letzteren an und läßt den gegen die, vertragswidrig gerichtlich
gestellte Klage erhobenen Einwand der Unzuständigkeit oder Unzulässig
eben als einen Ausfluß dieser Vertragsobligation als exceptio p
erscheinen. Dieser Einwand, entlehnt aus dem Schiedsvertrage, hat
die publizistische Eigenschaft der Einrede der Unzuständigkeit des Geric
im Sinne des § 247 Nr. 1 a. a. O., ist daher nicht prozeßhindern

Digitized by Google

dieser Auffassung und wird nicht beseitigt durch die stillschweigende Prorogation, d. h. durch die vorbehaltlose Einlassung auf die Klage vor einem ordentlichen Gerichte (§§ 38 flg. a. a. O.), sondern **kann** — wie das Einrederecht aus jedem anderen Vertrage — unbeeinflußt durch diese Beschränkung — **im Laufe der Instanzen und daher auch wirksam noch in zweiter Instanz zur Geltung gebracht werden** (§§ 251. 491 a. a. O.) (Vgl. Arndts, Pand. § 270; Seuffert, Kommentar zur Civilprozeßordn. § 851; Struckmann und Koch, Kommentar zur Civilprozeßordnung §§ 247. 851; v. Wilmowski und Levy, Kommentar zur Civilprozeßordnung § 247; Hellmann, Kommentar zur Civilprozeßordnung § 851; Hanseat. Gerichtszeitung 1881 S. 131. Abweichend: Petersen, Kommentar zur Civilprozeßordnung Bd. 2 S. 904; Puchelt, Kommentar zur Civilprozeßordnung Bd. 2 S. 44.) (R. G. 8. II. 83.) R. C. VIII. (118.) 399. 400. A. VII. (116.) 379—381. (R. C. X. (113.) 367. 368. VIII. (97.) 347 ff.)

9. In den Motiven zu § 247 C. P. O. (§ 238 des Entwurfs). S. 194. 195 wird in betreff der Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes (Nr. 1) ausdrücklich auf die §§ 39. 40 C. P. O. und in betreff der Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges (Nr 2.) auf den jetzigen § 3 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung (§ 2 des Entwurfes) verwiesen, und sodann bemerkt, daß zu denjenigen prozeßhindernden Einreden, auf welche die Parteien nicht verzichten können, die unter Nr. 1. 2 aufgeführten gehören. Hieraus in Verbindung mit dem Umstande, daß diese Bemerkungen der Motive bei den gesetzgeberischen Berathungen von keiner Seite beanstandet sind, erhellt mit vollkommener Sicherheit, daß die in § 247 C. P. O. unter Ziff. 1. 2 aufgeführten prozeßhindernden Einreden lediglich von den Einwänden zu verstehen sind, daß das angegangene Gericht nach den gesetzlichen Bestimmungen über die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Gerichte unter einander unzuständig sei, bezw. daß nach gesetzlichen Bestimmungen der Rechtsstreit überhaupt nicht von den Gerichten, sondern im Verwaltungswege zu entscheiden sei. **Das Vorschützen einer Vertragsberedung, durch welche der betreffende Rechtsstreit der Entscheidung der Gerichte entzogen und vielmehr Schiedsrichtern übertragen wird, kann hiernach nicht als prozeßhindernde Einrede im Sinne der Civilprozeßordnung angesehen werden.** Diese Einrede gehört dem materiellen Rechte an, ist von Amts wegen nicht zu beachten und unterliegt vielmehr dem Verzichte der Kontrahenten. (R. G. 26. IX. 83.) R. C. X. (113.) 367—368. (R. C. VIII. (97.) 347 ff. (118.) 397 ff.)

10. **Die Einrede des Schiedsvertrags ist keine prozeßhindernde, sondern eine materiell-rechtliche, welche die Verletzung einer Vertragsberedung geltend macht.** Der § 247 der R. C. P. O., welcher bestimmt sagt, daß nur die darin aufgeführten sechs Klassen von Einreden als prozeßhindernde anzusehen seien, kann schon um deßwillen nicht auf andere Einreden ausgedehnt werden, weil für die prozeßhindernden Einreden ein besonderes Verfahren vorgeschrieben ist — §§ 248, 500 Ziff. 2, 528 Ziff. 2 —, welches dem Beklagten besondere Vortheile gewährt. Wollte man die Einrede als prozeßhindernde auffassen, so müßte sie einer der im § 247 unter Ziff. 1 und 2 angeführten Einredeklassen

Digitized by Google

beigezählt werden können; dies ist aber nicht zulässig. Als **Einrede Unzuständigkeit des Gerichts** kann sie nicht aufgefaßt werden, diese nach der Ausdrucksweise der R. C. P. O. lediglich den Einw in sich begreift, daß vermöge gesetzlicher Bestimmungen über die sach oder örtliche Zuständigkeit der Gerichte oder vermöge wirksamer Ver barung (§§ 38—40 der R. C. P. O.) nicht das vom Kläger angeru sondern ein anderes ordentliches oder besonderes Gericht (§§ 13. 14 G. V. G.) für die erhobene Klage zuständig sei. Bei der in F stehenden Einrede aber, daß die Parteien vereinbart hätten, den S durch Schiedsrichter entscheiden zu lassen, bleibt die Zuständigkeit angegangenen ordentlichen Gerichtes ganz außer Betracht; der Bek behauptet nicht, daß dieses Gericht zu Folge gesetzlicher oder vertr mäßiger Bestimmung unzuständig sei, sondern er bestreitet schlechthin Zulässigkeit gerichtlicher Geltendmachung des Anspruchs. Ein derar Vertheidigungsmittel kann nicht unter die Ziffer 1 des § 247 fa weil in der Sprache der Prozeßgesetze der Ausdruck: „Zuständig nur da gebraucht wird, wo es sich um die Abgrenzung des Gesch kreises der staatlichen Behörden unter einander handelt. Für das hältniß der staatlichen Gerichte zu den Schiedsgerichten wäre er nicht am Platze, denn der Schiedsspruch steht dem richterlichen Urt nicht vollkommen gleich, ersetzt es auch nicht in jeder Bezie (§§ 866—868 der R. C. P. O.). Hätte die R. C. P. O. die Ein des Schiedsgerichtes dem § 247 Ziff. 1 mit unterordnen wollen wäre auch die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs von d Vorschrift getroffen (vgl. das Wort „Zuständigkeit" der Verwaltung hörde im § 13 des G. V. G.), mithin die Bestimmung in Ziffer 2 behrlich gewesen. Aber auch diese Ziff. 2 **„Unzulässigkeit Rechtsweges"** paßt nicht auf die hier in Frage stehende Ein Die R. C. P. O. kann mit diesem Ausdrucke keinen anderen Be verbunden haben als denjenigen, welchen die gleichzeitig erlassenen Prozeßg damit verknüpfen. Das G. V. G. bestimmt nun aber im Abs. 1 § 17: „Die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtswe und sodann im folgenden Absatze: „Die Landesgesetzgebung kann j die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Gerichten und Ver tungsbehörden oder Verwaltungsgerichten über die Zulässigkeit Rechtsweges besonderen Behörden übertragen". Hieraus sowie aus Vorschriften in § 9 des G. V. G. und §§ 4, 5 des Einf. Ges. R. C. P. O. ergibt sich mit ausreichender Sicherheit, daß die R P. O. unter „Rechtsweg" den Gegensatz von „Verwaltungsweg" vers also die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges lediglich in der hauptung finde, daß der vor Gericht anhängig gemachte Rechtsstreit einer Verwaltungsstelle zum Austrage gebracht werden müsse, nicht im Vorschützen einer Vereinbarung, welche die Verhandlung Rechtsstreites jeder behördlichen Thätigkeit entzieht. Endlich ist noc berücksichtigen, daß auf Einreden der letztgedachten Art wirksam verzi werden kann, wogegen Einreden der ersterwähnten Art dem Parte zichte nicht unterworfen sind. (R. G. 12. XII. 82. (auch R. G. XI. 82.)) A. VIII. (53.) 181—183.

11. S. hierüber noch bei § 296 ad R. C. I. (158.) 439— und § 247 Ziff. 2 unter Nr. 2.

Digitized by Google

12. **Für Klagen des Fiskus gegen einen Beamten auf Schadensersatz wegen seiner Amtsführung ist weder der Gerichtsstand des § 29 noch der der unerlaubten Handlung begründet.** Urtheil des O. L. G. zu Kiel v. 11. Juli 1882. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 49. S. 81 f. S. hierüber bei § 29 und 32.

13. Ziff. 2. Die Civilprozeßordnung kann mit dem Ausdrucke **„Unzulässigkeit des Rechtsweges"** in § 247 Nr. 2 (ebenso wie in § 509 Nr. 1 § 528 Nr. 2) keinen anderen Begriff verbunden haben, als den, welchen die gleichzeitig erlassenen Prozeßgesetze damit verbinden. Das Gerichtsverfassungsgesetz bestimmt im ersten Absatze des § 17: „Die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtsweges"; und darauf im nächsten Absatze: „Die Landesgesetzgebung kann jedoch die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten über die Zulässigkeit des Rechtsweges besonderen Behörden übertragen". Hieraus, sowie aus den Vorschriften in § 9 G. V. G., §§ 4. 5 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung ergiebt sich mit zureichender Sicherheit: **die Civilprozeßordnung versteht unter „Rechtsweg" den Gegensatz von Verwaltungsweg, findet mithin die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges lediglich in der Behauptung, daß der vor Gericht anhängig gewordene Rechtsstreit vor einer Verwaltungsstelle zum Austrage kommen müsse, nicht aber auch in dem Vorschützen einer Vertragsberedung, welche die Verhandlung des Rechtsstreites jeder behördlichen Thätigkeit entzieht.** Außerdem ist zu berücksichtigen, daß auf Einreden des zuletztgedachten Inhaltes wirksam verzichtet werden kann. (Vgl. Entsch. d. R. O. H. G.'s Bd. 10 Nr. 91 S. 392.) Dagegen sind Einreden der ersterwähnten Art dem Parteiverzichte nicht unterworfen; denn die Grenzen zwischen Rechtspflege und Verwaltung werden durch staatsrechtliche Normen bestimmt; Verträge können daher „den Rechtsweg" niemals für unzulässig erklären. Die Motive zu § 238 des Entwurfes der Civilprozeßordnung (§ 247 des Gesetzes) betonen auch ausdrücklich (S. 195) die Nichtverzichtbarkeit der unter Nr. 2 aufgeführten Einrede, ein fernerer nicht unwichtiger Anhalt für das Verständniß der in § 247 Nr. 2 gegebenen Vorschrift. (R. G. 28. XI. 82.) R. C. VIII. (97.) 349. 350. **S. hierüber namentlich auch (R. G. 1. VII. 81.) R. C. V. (9.) 34—48.** u. auch noch unter Ziff. 1 bei Nr. 1—4.

14. Die Civilprozeßordnung hat — in Anschluß an den gemeinrechtlichen Prozeß — bestimmte sog. prozeßhindernde Einreden verzeichnet, über welche — weil die prozessualen Voraussetzungen des Rechtsstreites bedingend — vor der Hauptsache besonders zu verhandeln und durch Endurtheil zu entscheiden ist, sodaß ein solcher Rechtsstreit in zwei, prozessualisch getrennte, mit Rechtsmitteln ausgestattete Abschnitte — in ein Vorverfahren über die Einrede und in ein Hauptverfahren über den Anspruch selbst — zerfällt. Solche prozeßhindernde Einreden dürfen nach der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache und namentlich auch in zweiter Instanz nur geltend gemacht werden, wenn dieselben entweder solche sind, auf welche der Beklagte wirksam nicht verzichten kann, oder wenn der Beklagte glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden nicht imstande gewesen sei, dieselben vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen (§§ 247 Abs. 3. 490 a. a. O.). Zu

Digitized by Google

diesen Einreden gehören: 1) **die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes und 2) die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges** (§ 247 a. a. O.). Beide Einreden **sind** — weil die vom Staate gewährte Rechtshilfe und die von ihm entlehnte richterliche Gewalt betreffend — **öffentlichen Rechtes.** Insbesondere kann der Rechtsweg, wenn er für eine bestimmte Streitsache durch Gesetz verschlossen ist, durch Privatdisposition der Parteien nicht geöffnet werden; die Zulässigkeit des Rechtsweges ist vielmehr von dem Gerichte als gesetzliche Voraussetzung für seine Thätigkeit von Amts wegen zu prüfen. Daraus folgt, daß eine Partei auf die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges nicht, wie auf andere — auch prozeßhindernde — Einreden verzichten kann, und daß diese Einrede im Prozesse überhaupt zeitlich nicht eingeschränkt ist (§ 247 C. P. O., §§ 3. 4 Einführungsgesetz zur Civilprozeßordnung, §§ 13. 17 Gerichtsverfassungsgesetz). (R. G. 8. II. 83.) R. C. VIII. (118.) 398. 399. (R. G. 2. II. 84 in R. C. XI. (17) 66.)

15. **Nach § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes gehören vor die ordentlichen Gerichte alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche nicht die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt sind. Für die Entscheidung der Frage, ob die Gerichte in einer vor sie gebrachten Streitsache zuständig seien, ist der Inhalt der Klage d. i. der gestellte Antrag und der Vortrag derjenigen Thatsachen, welche dem Klagbegehren zu Grunde gelegt sind, allein maßgebend.** (S. Bd. I. S. 115 u. Bd. VI. S. 652 der Entsch. des bayer. obersten Landger.) **Die subjektive Folgerung des Klägers aus den aufgestellten Klagthatsachen auf das Vorhandensein eines von den Gerichten zu entscheidenden streitigen Privatrechtsverhältnisses ist für die Vorbescheidung der vom beklagten Theile vorgeschützten Einrede der gerichtlichen Unzuständigkeit ohne Einfluß.** (B. O. L. 25. I. 84.) S. X. (114.) 307.

16. In § 17 G. V. G. wird als Regel der Grundsatz aufgestellt, daß die Gerichte über die Zulässigkeit des Rechtsweges zu entscheiden haben. Dieselben haben diese ihre Zuständigkeit betreffende Frage nicht nur dann zu prüfen und zu entscheiden, wenn von dem Beklagten die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges erhoben worden ist, sondern auch von Amts wegen. Von dieser in § 17 Abs. 1 a. a. O. aufgestellten Regel ist jedoch in Abs. 2 eine Ausnahme gemacht, indem der Landesgesetzgebung vorbehalten ist, die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten über die Zulässigkeit des Rechtsweges besonderen Behörden nach Maßgabe der in § 17 a. a. O. gegebenen Bestimmungen zu übertragen. Für das Königreich Preußen ist von diesem Vorbehalte Gebrauch gemacht, indem durch die Königl. Verordnung vom 1. August 1879 die Entscheidung von Streitigkeiten über die Zulässigkeit des Rechtsweges in den durch die Verordnung bestimmten Fällen dem Gerichtshofe zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte überwiesen ist. Nach § 4 dieser Verordnung hat dieser Gerichtshof zu entscheiden, wenn die Verwaltungsbehörde den Rechtsweg in einem bei den Gerichten anhängigen Rechtsstreite für unzulässig erachtet, und deßhalb der Kompetenzkonflikt erhoben wird, vorausgesetzt, daß die Zulässigkeit des Rechtsweges in der

Digitized by Google

Sache durch rechtskräftiges Urtheil des Gerichtes noch nicht feststeht, und nach § 21 a. a. O. (in den Fällen des negativen Kompetenzkonfliktes) auf Antrag einer bei der Sache betheiligten Partei, wenn einerseits die Gerichte und andererseits die Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte ihre Unzuständigkeit endgültig ausgesprochen haben, weil von den Gerichten die Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte und von diesen die Gerichte für zuständig erachtet sind. In den Fällen des positiven Kompetenzkonfliktes (§ 4 a. a. O.) hat der Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte über den im öffentlichen Interesse zu dem Zwecke, daß nicht eine gerichtliche Entscheidung in einer Sache erfolgt, deren Beurtheilung nach den Gesetzen den Verwaltungsbehörden ausschließlich überwiesen ist, von der zuständigen Verwaltungsbehörde erhobenen Konflikt, über die Behauptung, daß in der Sache die Verwaltungsbehörden zuständig seien, zu entscheiden, gleichviel ob von dem angerufenen Gerichte über die Frage seiner Zuständigkeit bereits entschieden ist oder nicht, und ob diese Entscheidung im bejahenden oder verneinenden Sinne erfolgt ist; sein Erkenntniß hat aber nicht die Bedeutung eines in dem Prozesse selbst unter den Parteien gefällten Urtheiles. **Wird von dem Gerichtshofe zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte der erhobene Kompetenzkonflikt für begründet, der Rechtsweg für unzulässig erkannt, so** ist zwar (wie auch aus § 18 der Königl. Verordnung vom 1. August 1879 zu entnehmen ist) **ein weiteres gerichtliches Verfahren ausgeschlossen. Wird dagegen der Kompetenzkonflikt für unbegründet erachtet, so ist das** nach § 7 der Verordnung vom 1. August 1879 kraft des Gesetzes **durch die Erhebung des Kompetenzkonfliktes für die Dauer des denselben betreffenden Verfahrens unterbrochene Prozeßverfahren, falls dasselbe in Gemäßheit der Vorschriften in § 227 C. P. O. von einer der Parteien wieder aufgenommen wird, fortzusetzen, und zwar in dem Stadium, in welchem es zur Zeit der Unterbrechung durch die Erhebung des Kompetenzkonfliktes sich befand.** Hat der Beklagte die verzögerliche Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges erhoben, und war zur Zeit der Erhebung des Kompetenzkonfliktes über diese noch nicht rechtskräftig entschieden, so hat das nach Lage der Sache zuständige Gericht diese Entscheidung zu treffen, da dieselbe durch die Entscheidung des Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte, daß der von der Verwaltungsbehörde erhobene Kompetenzkonflikt unbegründet, der Rechtsweg zulässig sei, nicht erledigt und beseitigt ist. Bei dieser Entscheidung ist das Gericht an diese Entscheidung des Gerichtshofes nicht gebunden, sondern hat seine Zuständigkeit selbst zu prüfen. Nur im Falle des negativen Kompetenzkonfliktes hat der Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte die entgegenstehenden Entscheidungen der Gerichte bezw. Verwaltungsbehörden aufzuheben (§ 21 der Verordnung vom 1. August 1879), und es folgt aus der Natur der Verhältnisse als selbstverständlich, daß die Instanz, an welche die Verweisung der Sache erfolgt ist, an die Entscheidung des Gerichtshofes gebunden ist; im Falle des positiven Kompetenzkonfliktes wird dagegen im Falle der Zurückweisung des Kompetenzkonfliktes die Zuständigkeit des Gerichtes nicht in der Art bindend festgestellt, daß eine Prüfung derselben durch das Gericht selbst ausgeschlossen würde. (R. G. 25. III. 84). R. C. XI. (103). 391—395. A. X. (40.) 180—182.

Digitized by Google

17. **Die prozeßhindernde Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsw kann auf eine Privatdisposition nicht gestützt werden. — Tragweite testamentarischen Verfügung über die Befugniß der Testamentsexekut zur Entscheidung von Zweifeln.** Urtheil des hanseatischen O. L. G 24. März 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 156, S. 223.

18. Die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges gehört den prozeßhindernden Einreden, auf welche die Partei **nicht wir verzichten** kann und welche gemäß § 490 auch noch in der zw Instanz vorgeschützt werden darf. (R. G. 9. XII. 81). R. C. (94.) 336.

19. **Eine Klage, welche einen Gegenstand des Privateigenthums trifft, darf nicht deßhalb als unzulässig zurückgewiesen werden, weil Entscheidung des Rechtsstreites die Prüfung und Entscheidung staats licher und anderer das öffentliche Recht betreffender Fragen mit erforde wird.** Denn, wo nicht durch spezielle gesetzliche Vorschriften das G der Justizsachen eingeschränkt ist, gehört es zum Begriffe der Justizs nicht, daß der Gegenstand des Streites privatrechtlicher Natur sei, es sich um Verletzung eines auf einem gültigen Privatrechtstitel ruhenden Rechtes handele, sondern es gehören zur gerichtlichen nition auch Streitigkeiten, welche auf Grundlage eines Thatbestandes öffentlichen Rechtes entstanden sind. (R. G. 15. II. 81.) R. C. (117.) 410.

20. Da der Richter seine Zuständigkeit, also namentlich auch Frage, ob der Rechtsweg eröffnet sei, von Amtswegen zu prüfen **so können auch die Parteien in jeder Instanz in dieser Richtung Ein dungen erheben.** (R. G. 23. I. 80.) R. C. I. (59.) 157. (R. G II. 84. R. C. XI. (17.) 66.)

21. **Die Unzulässigkeit des Rechtsweges kann in der Revisionsin von dem die Revision verfolgenden Kläger geltend gemacht werden.** (R 23. XII. 86.) R. C. XVII. (43.) 176.

22. **Die Gerichte sind ihre Befugniß zur Entscheidung des Re streites von Amts wegen zu prüfen nicht nur berechtigt, sondern auch pflichtet, und dürfen nur bei Bejahung dieser Befugniß ein sachliches Ur abgeben.** (Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 1 S. 157, Bd. 2 S. 6 Bd. 7 S. 65 ff.) (R. G. 23. XII. 86.) R. C. XVII. (43.) 17

23. **Auch das Revisionsgericht ist in Gemäßheit des Grundpri der Normen des G. V. G. §§ 13, 17 und der R. C. P. O. § 247 A von Amts wegen berechtigt und verpflichtet, die Frage, ob bezüglich Anspruches der Rechtsweg zulässig ist, zu prüfen.** Die Zulässigkeit Rechtsweges unterliegt nicht der Partei-Verfügung. (R. G. 2 84.) A. X. (134.) 535.

24. **Die Verweisung des Strafrichters zur Anstellung einer Civill in Gemäßheit des § 261 der St. P. O. überhebt den Civilrichter nich Prüfung seiner eigenen Zuständigkeit in Gemäßheit des Gesetzes und daher die letztere voraus.** (R. G. 9. IV. 84.) R. C. XI. (18.) 9

25. **Prozessualische Folgen einer Beschränkung der Verhandlung die Frage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs.** (R. G. 22. IV. R. C. X. (94.) 320. 321.

26. **Nach den Grundsätzen des geltenden deutschen Staatrechtes**

Digitized by Google

hören in den monarchischen deutschen Staaten Streitigkeiten zwischen dem Landesherrn und den Ständen über die Auslegung und Anwendung der Verfassung und deren Verletzung nicht zur Zuständigkeit der Gerichte, sofern nicht die Verfassung selbst ihnen die Entscheidung dieser Streitigkeiten überwiesen hat. (R. G. 15. II. 81.) R. C. III. (117.) 410.

27. **Ueber die Zulässigkeit des Rechtsweges gegen Verfügungen der Verwaltungsbehörden.** Urtheil des obersten L. G. f. Bayern v. 28. Okt. 1880. — Blätter f. Rechtsanw. Jahrg. 46 S. 17 ff. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 64 S. 102.

28. **Zulässigkeit des Rechtsweges bei Ansprüchen gegen den Staat aus Staatsverträgen.** Urtheil des O. L. G. zu Darmstadt v. 30. Juni 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 144 S. 206.

29. **Wenn die Erstattung erhobener Zölle gefordert wird, weil die gesetzlichen Voraussetzungen der Verpflichtung zur Erlegung dieser Zollbeträge nicht vorgelegen haben, so ist nach den Vorschriften des Reichsrechts und den im Königreich Preußen geltenden Bestimmungen der Rechtsweg zulässig.** (Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869 §§ 9. 12. 13. (B. G. Bl. S. 319) Preuß. Verordnung vom 26. Dezember 1808 wegen verbesserter Einrichtungen der Provinzial- u. Finanzbehörden A. L. R. II. 14. §§. 78. 79. Gesetz vom 24. Mai 1861 betr. die Erweiterung des Rechtsweges. § 9. (R. G. 1. VII. 81). R. C. V. (9.) 34—48. (S. auch R. G. 2. II. 84. in R. C. XI. (17.) 65 ff. u. A. IX. (134.) 535—543 und R. G. 24. IV. 83 in R. St. VIII. (66.) 224 f.).

30. Ausdrückliche Bestimmungen über die **Zulässigkeit des Rechtsweges für Ansprüche auf Befreiung von Reichsabgaben und -Steuern im allgemeinen und insbesondere von Reichsstempelabgaben,** sind weder in der Reichsgesetzgebung, noch für Preußen in der preußischen Landesgesetzgebung getroffen und namentlich nicht in dem Reichsstempelabgabengesetze vom 1. Juli 1881 und in den in § 24 desselben für das Strafverfahren in bezug genommenen Wechselstempel- und Zoll-Gesetzen oder in den §§ 12. 13. 70 G. V. G. und den §§ 4. 5 Einführungsges. zur C. P. O. zu finden. Vielmehr weisen die Bestimmungen in §§ 13. 14. 15. 17. 24. 26. 27. 29. 31. 32 des Reichsgesetzes vom 1. Juli 1881 in Anwendung des Art. 36 der Reichsverfassung unzweideutig darauf hin, daß die Reichsstempelabgaben in den einzelnen Bundesstaaten, wo sie erhoben werden, ohne Rücksicht auf ihre Verwendung zu Reichszwecken, lediglich den Landesbehörden mit ihren bisherigen Befugnissen in betreff der Landesabgaben unterstellt und den letzteren, namentlich rücksichtlich der Vollstreckbarkeit, also auch der damit zusammenhängenden Frage von der Zulässigkeit des Rechtsweges, gleichgeachtet werden sollen (R. G. 2. II. 84 in R. C. XI. (17.) 65. 77. A. IX. (134.) 532. 545. — R. G. 9. IV. 84 in R. C. XI. (19.) 93 und R. G. 20. V. 84 in R. C. XI. (20.) 96 sowie R. G. 1. VII. 81 in R. C. V. (9.) 36—48). — (R. G. 9. IV. 84.) R. C. XI. (18.) 92.

31. **Die Zulässigkeit des Rechtswegs nach heutigem Deutschem Reichsrecht, insbesondere bei Rückforderung unzulässig erhobener Abgaben, Stempel und Zölle** (§§ 13, 70, 71, 101, 135, 156, 157 des G. V. G., §§ 3 und 8 des Einf. Ges. zum G. V. G.; §§ 3, 4, 7, 14 der R. C. P. O.). Ehe sich in einzelnen deutschen Staaten die absolute Fürstengewalt scharf

Digitized by Google

entwickelte, beziehungsweise der Einfluß des französischen Staats- und Verwaltungsrechts geltend machte, wurde von den Gerichtshöfen im Gebiete des deutschen Reiches vorherrschend der Grundsatz zur Geltung gebracht, daß der Rechtsweg zulässig sei in Bezug auf Ansprüche gegen den Staat, als Vermögensrechtssubjekt, wegen Verletzung eines Vermögensrechts durch dem objektiven Recht zuwider seitens der Staatsbehörden, erfolgte Einziehung angeblich als Staatsabgabe seitens eines Abgabepflichtigen geschuldeter Beträge. (Vgl. die Gründe folgender Erkenntnisse: a) des O. App. G. Lübeck nach Aktenversendung an die Juristenfakultät zu Jena vom 16. Oktober 1837; in Bruhn's Entscheidungen in Lübecker Rechtssachen II S. 238 ff.; vom 6. April 1878 in Stadtlaender und Lahusen, Sammlung der Entscheidungen in Bremischen Civilrechtsachen S. 252 ff.; b) des O. App. G. Wolfenbüttel vom 4. April 1845; in Seuffert's Archiv XXIV Nr. 38, vom 27. April 1875 ebendort XXI Nr. 179; c) des O. App. G. Oldenburg vom 29. Juni 1872 ebendort XXVII Nr. 174. Vgl. auch Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht 3. Aufl. Thl. II §§ 147—149 und die darin gegebenen Nachweise.) In denjenigen deutschen Staaten, welche weder von der Entwickelung der absoluten Monarchie noch von französischen Anschauungen beeinflußt worden sind, ist die Zulässigkeit des Rechtsweges für Ansprüche der gekennzeichneten Art bis in die neueste Zeit Rechtens geblieben. S. hierüber nähere historische Entwicklung bis in die Neuzeit in der reichsgerichtlichen Entscheidung vom 2. Februar 1884 in R. C. XI. (17.) 67—75 u. A. IX. (134.) 535 ff. In Deutschland ist schon in dem Jahrzehnt vor Gründung des neuen Deutschen Reiches, und zwar (nach einer früheren, abweichenden Uebergangszeit) auch in Preußen, das, (inhaltlich mit den von der Judikatur zur Zeit des früheren Reiches Deutscher Nation aufrecht erhaltenen und den Forderungen des gegenwärtigen Bewußtseins von dem Wesen des Rechtsstaats entsprechenden Grundsätzen übereinstimmende) Bewußtsein wach geworden, daß im Fall ungerechtfertigter Abgabenerhebung der dadurch in seiner individuellen Rechtssphäre gegenüber dem Gesetz Verletzte grundsätzlich berechtigt erscheine, sein Recht vor Gericht zu suchen, daß der Ausschluß des Rechtsweges in einem solchen Fall anomale positive Satzung sei. Dem Wesen des Rechtsstaates entspricht es, daß die verfassungsmäßig bei der Gesetzgebung mitwirkenden Faktoren die Zweckmäßigkeitsfrage d. h. die Frage, welche Abgaben einzuführen seien, erwägen und durch das Abgabengesetz abschließend erledigen. Die Normen der gegebenen Abgabengesetze setzen Recht gegen und für den Abgabepflichtigen. Die Verwaltungsbehörden haben nicht Abgaben zu normiren. Die objektiv der Norm des Abgabengesetzes zuwider erfolgte Erhebung eines Vermögenswerthes als Abgabe durch die mit der Abgabenerhebung betraute Verwaltungsbehörde enthält (wenngleich diese Behörde die Ueberzeugung hegt, gesetzesgemäß einzufordern) einen im Namen des Staats durch dessen Organ verwirklichten, objektiv rechtswidrigen Eingriff in die individuelle Vermögensrechtssphäre des Herangezogenen. Dieses Unrecht ist aufzuheben durch Wiedererstattung des zu Unrecht entzogenen Vermögenswerthes aus Staatsmitteln. Insofern ist ein Rechtsverhältniß zwischen dem Herangezogenen und dem Staate, als Vermögensrechtssubjekten,

Digitized by Google

entstanden. Beharrt die Steuererhebungsbehörde bei der Behauptung der Gesetzmäßigkeit, der Herangezogene bei der Behauptung der Ungesetzmäßigkeit der betreffenden Erhebung, so liegt zur Wahrung des Rechts kein so sicherer Weg vor, als der, daß der Herangezogene, welcher nach dem Gebote der öffentlichen Ordnung der behördlichen Aufforderung zunächst entsprochen hat, als Kläger den Staat, als Vermögensrechtssubjekt, vor Gericht in Anspruch nimmt auf Zahlung des entrichteten Betrages. **Die ordentlichen Gerichte sind berufen, Vermögensrechtsstreitigkeiten zu entscheiden, auch wenn zur Entscheidung Normen des öffentlichen Rechts anzuwenden sind.** Ihre unabhängige Stellung, Rechtskenntniß und Uebung in der praktischen Rechtsanwendung gibt die denkbar größte Garantie völlig objektiv gehaltener, sachgemäßer Entscheidung in solchen Fällen. Bei dieser geschichtlichen Voraussetzung und herrschenden allgemeinen Auffassung wäre es nicht gerechtfertigt, aus dem etwaigen Fehlen einer reichsgesetzlichen positiven Bestimmung über die Zulässigkeit des Rechtsweges für Ansprüche auf Zahlung einer dem angeblich zu Unrecht erhobenen Betrage einer Reichsstempelabgabe gleichstehenden Summe seitens des zu Unrecht Herangezogenen gegen den Reichsfiskus im Fall der direkten Erhebung durch eine zuständige Reichsbehörde, oder gegen den Fiskus des Einzelstaates, welcher durch seine zuständigen Beamten in seinem Namen, wenn auch für Rechnung des Reiches, die Abgabe zu Unrecht erhoben hatte, zu folgern, daß der Rechtsweg nach den Reichsgesetzen unzulässig sei, daß also die Rechtsordnung im Deutschen Reiche zurückgeschritten sei selbst im Verhältnisse zu den in den deutschen Einzelstaaten bestehenden Zuständen. Es würde einer positiven Satzung der Reichsgesetze bedürfen, um den Rechtsweg in einem solchen Falle reichsgesetzlich zu verschließen. Eine solche Satzung existirt nicht; vielmehr enthalten (was nicht einmal wesentlich wäre, um sich für die Zulässigkeit des Rechtsweges zu entscheiden) die Reichsgesetze Bestimmungen, welche dafür sprechen, daß die Zulässigkeit des Rechtsweges als selbstverständliche Regel vorausgesetzt ist. Nach der Reichsverfassung unterliegen die Zölle und für die Zwecke des Reiches zu verwendenden Steuern der Gesetzgebung des Reichs. Der Bundesrath hat, sofern nicht durch Reichsgesetz etwas anderes bestimmt ist, zu beschließen über die zur Ausführung der Reichsgesetze erforderlichen allgemeinen Verwaltungsvorschriften und Einrichtungen, sowie über die bei Ausführung der Reichsgesetze oder der vorerwähnten Verwaltungsvorschriften und Einrichtungen sich herausstellenden Mängel. Der Kaiser überwacht die Ausführung der Reichsgesetze. Aus diesen Bestimmungen der Reichsverfassung folgt in keiner Weise eine verfassungsmäßige Befugniß des Bundesraths oder des Kaisers zur authentischen, die Gerichte bindenden Deklaration der Abgabengesetzesnormen oder der Berechtigung, sei es unmittelbar, sei es durch Verwaltungsbehörden, darüber zu entscheiden, ob das Vermögen eines Abgabepflichtigen durch eine ungerechtfertigte Abgabenerhebung geschädigt sei oder nicht. Nach noch weiteren Ausführungen heißt es dann am Schlusse: **Aus allen diesen Gründen rechtfertigt sich der Schluß, daß ein Rechtsstreit zwischen dem Abgabepflichtigen, dessen Vermögen verletzt ist durch ungerechtfertigte Erhebung eines Reichsstempelabgabenbetrages, als Kläger gegen das Deutsche Reich oder den Mitgliedstaat, durch dessen zur**

Digitized by Google

Abgabeerhebung zuständige Behörde jener Abgabenbetrag erhoben war, als beklagte Vermögensrechtssubjekte, auf Zahlung der dem zu Unrecht erhobenen Betrage gleichen Summe reichsgesetzlich von der Verfolgung vor den ordentlichen Gerichten nicht ausgeschlossen ist. (R. G. 2. II. 84.) A. IX. (134.) 535—543. R. C. XI. (17.) 65 ff. (S. auch R. G. 1. VII. 81. in R. C. V. (9.) 36—48).

32. **Im Falle der Rückforderung einer von einer preußischen Steuerbehörde auf Grund der Nr. 4a des Reichsstempeltarifes (Schlußnotenstempel) vermeintlich zu Unrecht eingeforderten Stempelabgabe ist der Rechtsweg zulässig.** S. hierüber zunächst R. G. 20. V. 84 in R. C. XI. (20.) 97. 98 und R. G. 9. IV. 84 in R. C. XI. (18.) 91 sowie R. G. 2. II. 84 in R. C. XI. (17.) 65. 77. Was sodann für diesen Fall das preußische Gesetz vom 24. Mai 1861 betreffend die Erweiterung des Rechtsweges anlangt, so hierüber noch folgendes. Nach dem § 11 desselben ist der Rechtsweg zulässig, wenn es sich um einen Werthstempel oder einen nicht nach dem Betrage des Gegenstandes zu bemessenden (also fixen) Vertragsstempel handelt. Unter dem Ausdrucke „Vertragsstempel" müssen alle aus dem Grunde der Beurkundung eines Vertrages geforderte Stempel verstanden werden, sodaß nichts darauf ankommt, ob die betroffenen Urkunden in dem Tarife als Verträge bezeichnet oder unter anderen Benennungen (Kautionsinstrumente, Cessionsinstrumente ꝛc.) aufgeführt sind und es auch keinen Unterschied machen kann, ob der Stempel nur bei einer zweiseitigen, oder auch bei einer einseitigen Beurkundung des Vertrages zu verwenden ist. Daß diese Auffassung auch der Absicht des Gesetzgebers entspricht, ergibt sich aus den Motiven des § 11, (vgl. Verhandl. des preußischen Abgeordnetenhauses 1861 Anl. Nr. 90 S. 538, welche sagen: „In diesen Fällen (nämlich des Werthstempels und des Vertragsstempels), welche übrigens allein zu Zweifeln Anlaß geben können und am zahlreichsten sind, da außerdem fast nur noch die Gesuchs- und ähnliche Stempel und die als Verbrauchssteuern sich qualifizirenden Kalender-, Karten- und dergleichen Stempel übrig bleiben, steht den Gerichten die zur Anwendung des Gesetzes erforderliche Sach- und Fachkenntniß in erhöhterem Maße zu, als den Verwaltungsbehörden, da es allermeist behufs richtiger Anwendung des Tarifes auf die Entscheidung von Rechtsfragen ankommt". Und so ist auch bereits sowohl vom preußischen Obertribunale, vgl. Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 83 S. 112, als auch vom Reichsgerichte, vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 8 Nr. 64 S. 255, der von einer bloß einseitig ausgestellten Zessionsurkunde geforderte Stempel für einen Vertragsstempel im Sinne des § 11 a. a. O. erklärt worden. Hiernach müssen bei Anwendung dieses Paragraphen die in Gemäßheit der Nr. 4a des reichsgesetzlichen Tarifes zu verwendenden Stempel auch in den Fällen, in welchen sie wegen einseitiger Schriftstücke, insbesondere auch wegen brieflicher Bestätigung eines Geschäftsabschlusses gefordert werden, als Vertragsstempel angesehen werden. Die Absicht dieser Tarifposition ist, wie die Motive zu derselben (zu Nr. 3a des Entwurfes), vgl. Verhandl. des Reichstages 1881 Drucksachen Nr. 59 S. 31, hervorheben, gerade darauf gerichtet, „die Beurkundung des Abschlusses oder der Prolongation eines der bezeichneten Geschäfte in irgend einer schriftlichen Form stem-

Digitized by Google

pelpflichtig zu machen". Die detaillirte Aufführung der betroffenen Arten von Schriftstücken verfolgt nur den Zweck, einer Umgehung des Gesetzes vorzubeugen; die Motive bemerken hierüber: „Sollte es z. B. üblich werden, die bisherigen Schlußnoten durch Auszüge aus den Geschäftsbüchern in der Form von Rechnungen, Kontokorrenten und dergleichen zu ersetzen, so würden auf diese Schriftstücke, die dann nur eine andere Form der Beurkundung des Abschlusses oder die Prolongation der betreffenden Geschäfte darstellen, die Bestimmungen der Nr. 4 a ohne weiteres Anwendung finden". Daß diese Tarifposition sich nur auf Vertragsurkunden bezieht, ist auch in ihr selbst dadurch zum Ausdrucke gebracht, daß die betroffenen Schriftstücke schließlich generell charakterisirt werden als solche, die „von einem oder mehreren Kontrahenten, Maklern oder Unterhändlern im Bundesgebiete über den Abschluß oder die Prolongation eines Kauf-, Rückkauf-, Tausch- oder Lieferungsgeschäftes" der bezeichneten Art ausgestellt sind. (R. G. 20. V. 84.) R. C. XI. (20.) 96—100.

33. Nach § 11 des preuß. Gesetzes, betreffend die Erweiterung des Rechtsweges, vom 24. Mai 1861 ist **in Beziehung auf die Stempelsteuer der Rechtsweg zulässig, wenn es sich um die Frage handelt, ob ein Werthstempel oder ein nicht nach dem Betrage des Gegenstandes zu bemessender Vertragsstempel von der Stempelbehörde mit Recht gefordert worden ist.** Das Reichsgericht hat in einem Urtheile vom 11. Januar 1883 entschieden, daß der von der Steuerbehörde zu einer Zessionsurkunde erforderte Sempel ein Vertragsstempel ist und daß die Frage, ob ein solcher Stempel mit Recht oder ohne Recht erfordert worden ist, der Entscheidung im Rechtswege unterliegt. Hierbei ist zu bemerken, daß der sechste Senat des vormaligen preußischen Obertribunales in einem ähnlichen Falle den Rechtsweg über die Frage, ob ein Zessionsstempel mit Recht von der Steuerbehörde erfordert worden sei, ebenfalls zugelassen hat (Entsch. des Ob.-Trib. Bd. 83 S. 108). — (R. G. 11. I. 83.) R. C. VIII. (64.) 255—258.

34. **Der Rechtsweg ist in Preußen für Ansprüche gegen das Reich betreffend die Höhe der nach § 14 des Gesetzes vom 13. Februar 1875 — über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden — zu gewährenden Entschädigungen, zulässig.** (R. G. 16. XII. 85.) R. C. XV. (11.) 37 ff.

35. **Der § 4 Abs. 7 der preuß. Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen vom 30. Mai 1853 und der § 2 des preuß. Gesetzes vom 24. Febr. 1850 betr. die Aufhebung der Grundsteuerbefreiungen gewähren dem preuß. Fiskus kein Privilegium, auf Grund dessen er gemäß Thl. II. Tit. 14 § 79 des allg. preuß. Landrechtes über seine Befreiung von Kommunalsteuern rechtliches Gehör verlangen kann.** (R. G. 21. II. 81.) R. C. IV. (61.) 213—222.

36. **Unzulässigkeit des Rechtsweges bei der Frage über die Verpflichtung zur Entrichtung von Kommunalsteuern, auch beim Vorhandensein eines Vertrags über das Maß der Beitragspflicht.** Urtheil des O. L. G. zu Darmstadt v. 30. Jan. 1884. S. A. Bd. 39 bezw. 9, Nr. 239 S. 334.

37. **Die Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben sind nach den Bestimmungen in den §§ 459**

Digitized by Google

bis 463 St. P. O. als Straffachen anzusehen, deren Entscheidung hiernach den Civilgerichten entzogen ist. (R. G. 1. VI. 86.) R. C. XVI. (100.) 410.

38. **Der Kirchenvorstand einer katholischen Pfarrgemeinde kann Umlagen, denen der Regierungspräsident die Beitreibung im Verwaltungswege versagt hat, weil dieselben zu Gehaltszahlungen an Geistliche, bezüglich deren die Leistungen aus Staatsmitteln eingestellt worden, bestimmt sind, nicht mittels gerichtlicher Klage einziehen.** (Kab. O. v. 19. Juni 1836; preuß. Ges. über die Erweiterung des Rechtsweges v. 24. Mai 1861 § 15; preuß. Ges. v. 22. April 1875 betr. die Einstellung der Leistungen aus Staatsmitteln für die römisch-katholischen Bisthümer und Geistlichen §§ 1 und 10; preuß. Ges. v. 20. Juni 1875 über die Vermögensverwaltung in den katholischen Kirchengemeinden §§ 3, 8, 21 Nr. 8, 50; Verordnung vom 27. Sept. 1875.) — (R. G. 25. XI. 79.) R. C. I. (61.) 161—164.

39. **Gerichtliche Unzuständigkeit zur Entscheidung über den Anspruch eines Gemeinderechners gegen die Gemeinde auf Rückersatz eines Geldbetrages, welche er in der Verwaltung des Gemeindevermögens zur Bestreitung von Gemeindeausgaben aus eigenem Vermögen ausgelegt haben will.** (B. O. L. 18. X. 84.) S. X. (200.) 533.

40. **Das Staatsdienerverhältniß ist seinem Ursprung und Wesen nach vorwiegend öffentlich-rechtlicher Natur, und können daher vor den Gerichten verfolgbare Privatrechtsansprüche nur insoweit auf dieses Verhältniß gestützt werden, als durch spezielle gesetzliche Vorschriften bezügliche Klagen vorgesehen sind.** (B. O. L. 26. I. 81.) S. IX. (10.) 29.

41. **Ein civilrechtlicher Anspruch eines Staatsdieners, insbesondere eines Staatsbeamten, auf Einreihung in eine höhere Gehaltsklasse nach Maßgabe des Dienstalters besteht nicht.** (B. O. L. 26. I. 81.) S. IX. (10.) 29.

42. **Für Entschädigungsklagen, welche gegen den Staat wegen der von seinen Beamten in Ausübung ihres Amtes vorgenommenen Handlungen auf Grund des Art. 1384 code civil erhoben werden, sind die Gerichte zuständig.** (R. G. 10. VI. 81.) R. C. V. (10.) 48—50.

43. **Die Gerichte sind zur Entscheidung darüber zuständig, ob ein Reichsbeamter früher im Dienste eines Bundesstaates** (§ 46 Ziff. 2 des Reichsbeamtengesetzes) **gestanden habe.** (R. G. 24. III. 82.) R. C. VI. (29.) 105—109.

44. **Die Frage, ob ein Beamter im Sinne des § 84 des Reichsbeamtengesetzes dienstunfähig und deßhalb in Ruhestand zu versetzen sei oder nicht, soll nur durch die Verwaltung entschieden werden, also der richterlichen Beurtheilung entzogen sein,** und soll die Entscheidung der Disciplinar- und Verwaltungsbehörden darüber, ob und von welchem Zeitpunkte an ein Reichsbeamter aus seinem Amte zu entfernen, einstweilig oder definitiv in den Ruhestand zu versetzen sei ꝛc., für die Beurtheilung der vor Gericht geltend gemachten vermögensrechtlichen Ansprüche maßgebend sein. (R. G. 9. I. 80.) R. C. I. (17.) 35.

45. Durch das preuß. Gesetz betreffend die Erweiterung des Rechtsweges vom 24. Mai 1861, ist auch **der Anspruch der richterlichen Beamten auf Gehaltszulage klagbar** geworden. (R. G. 25. IX. 83.) R. C. XI. (66.) 295.

Digitized by Google

46. **Richter über den Anspruch des aus dem Amte vom Dienstherrn entfernten Beamten auf Fortbezug seiner Dienstemolumente ist der Civilrichter.** Er hat im Civilprozesse zu entscheiden, ob der Konstituent in dem Verhalten des Angestellten einen ausreichenden Grund zur einseitigen Aufhebung des Dienstverhältnisses hat finden dürfen. Wie der Angestellte auf Feststellung der Fortdauer seiner vermögensrechtlichen Ansprüche bezw. auf Erfüllung zu klagen berechtigt ist, so kann der Konstituent, wenn der Entlassene den Anspruch auf Fortbezug seiner Dienstemolumente erhebt, die negative Feststellungsklage in der Richtung erheben, daß dem Entlassenen ein weiterer Gehaltsanspruch nicht zustehe. In beiden Fällen entscheidet der Richter, ob der Konstituent zur einseitigen Auflösung des Dienstverhältnisses berechtigt war. (R. G. 11. X. 83.) R. C. X. (49.) 184. 185.

47. **Für Klagen des Fiskus gegen einen Beamten auf Schadensersatz wegen seiner Amtsführung ist weder der Gerichtsstand des § 29 noch der der unerlaubten Handlung begründet.** Urtheil des O. L. G. zu Kiel v. 11. Juli 1882. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 49. S. 81 f. S. hierüber bei § 29 u. 32.

48. **Nach § 144 des Reichsbeamtengesetzes steht gegen den Defektenbeschluß dem Beamten sowohl hinsichtlich des Betrags, als hinsichtlich der Ersatzverbindlichkeit der Rechtsweg zu.** Die Frage, ob die im § 141 a. a. O. angegebenen formellen Voraussetzungen für das Defektenfeststellungsverfahren und den dasselbe abschließenden Defektenbeschluß vorliegen, gehört nicht dem Privatrechte, sondern dem publizistischen Verhältnisse des Staates zu dem Beamten an. Dieselbe kann nicht im Rechtswege, sondern nur im Wege der in § 144 a. a. O. ausdrücklich erwähnten „Beschwerde im Instanzenzuge" erledigt werden. Nur der materielle Inhalt des Beschlusses, nämlich die Feststellung, daß dem Fiskus an den Beamten ein Anspruch auf den festgesetzten Geldbetrag zusteht, betrifft das Privatrecht und es kann daher der Richter darüber befinden, ob dieser privatrechtliche Anspruch des Fiskus, welcher freilich aus dem Beamtenverhältnisse entspringt, nach den Gesetzen begründet ist. Dies ist die Bedeutung des § 144 a. a. O. Hiernach wird dem in Striethorst's Archiv Bd. 17 S. 99 mitgetheilten Erkenntnisse beigetreten, welches vom Obertribunale auf Grund der preußischen Verordnung vom 24. Januar 1844 (auf welcher die betreffenden Satzungen des Reichsbeamtengesetzes wesentlich beruhen) erlassen ist; es werden die davon abweichenden Ausführungen des späteren Erkenntnisses desselben Gerichtshofes vom 4. Sept. 1857, (vgl. Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 36 S. 382), reprobiert. (R. G. 5. II. 85.) R. C. XII. (32.) 143—145.

49. **Beschränkung des Rechtsweges bei Feststellung der unter die preußische Verordnung vom 24. Januar 1844 (G. S. S. 52) fallenden Defekte.** (R. G. 3. VII. 82.) R. C. VII. (101.) 335—337.

50. **Nach gemeinem Recht ist im Falle eines von einer Polizeibehörde unter Ueberschreitung der objektiven Grenzen ihrer Amtsbefugnisse begangenen Eingriffes in das Privateigenthum der Rechtsweg zulässig.** (R. G. 15. III. 82.) R. C. VI. (57.) 204—208. (S. auch R. G. 7. XI. 82. in R. C. VIII. (57.) 226.)

Digitized by Google

51. **Für Klagen, mit welchen eine Befreiung von einer durch polizeiliche Verfügung auferlegten Verpflichtung geltend gemacht wird, nach § 2 des preuß. Gesetzes vom 11. Mai 1842 der Rechtsweg zul** (R. G. 7. XI. 82.) R. C. VIII. (57.) 226 ff. (S. auch R. G. III. 82 in R. C. VI. (57.) 204.)

52. **Falls die Polizeibehörde, der ihr gesetzlich zustehenden Befu gemäß, die Ausführung des durch ihre Verfügung Gebotenen anderweit wirken läßt, so können die dadurch entstandenen Kosten von dem nicht F leistenden im administrativen Wege beigetrieben werden und ist hierg ein Rekurs an die Gerichte unstatthaft.** (Rheinisches Recht.) (R. G. V. 80.) R. C. II. (91.) 351.

53. **Unzulässigkeit des Rechtsweges betreffs der Verpflichtung Gewinnung des städtischen Bürgerrechts oder zur Zahlung administra Ordnungsstrafen.** Urtheil des O. L. G. zu Rostock v. 30. Okt. 1 Mecklenb. Zeitschr. Bd. 6 S. 225 ff. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. S. 208.

54. **Die Gerichte sind nicht berufen, über die Verpflichtung der glieder freier Hilfskassen zum Beitritte zu einer Ortskrankenkasse zu scheiden.** (R. G. 27. XII. 86.) R. C. XVI. (16.) 72 ff.

55. Von welchen Voraussetzungen **die Zulassung des Rechtsw für einen Anspruch auf Erstattung von Armenunterstützungen gegen e Armenverband** abhängt, hierüber s. (R. G. 10. I. 81.) R. C. III. (270—274.

56. **Ueber die Verpflichtung eines Armenverbandes zur Unterstü eines Hülfsbedürftigen kann nicht von den Gerichten, sondern nur von zuständigen Verwaltungsbehörden entschieden werden.** (S. Entsch. des mal. preuß. O. Tr. Bd. 73 S. 239 ff., Bd. 82 S. 53 und des richtshofs zur Entscheidung der Competenzkonflikte Erk. vom 8. Ja 1881, wie auch des R. G. Bd. 3 S. 270). Die Pflicht zur Ar unterstützung wird durch das öffentliche Interesse bedingt und liegt deßhalb in der Natur der Sache, daß über das Vorhandensein des öf lichen Interesses nur von den gerade zur Wahrung und Beaufsichti des gefährdeten öffentlichen Interesses gesetzlich berufenen Behörden Verwaltungswege entschieden werden kann. Ein obsiegliches Erkenn würde einen richterlichen Zwang zur Ausübung der öffentlichen Ar pflege in sich schließen und dies ist unstatthaft. Urtheil des O. L. zu Kiel v. 26. Juni 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (293.) 440.

57. Die Pflicht zur Armenpflege und das Recht auf solche geh dem öffentlichen Recht an; der Grund dieser Verpflichtung und Be tigung liegt nicht in Ursachen privatrechtlicher Natur, sondern im öf lichen Interesse. Sie bestehen für den Staat oder die berufenen tischen Korporationen nur so weit, als das öffentliche Interesse es erhe oder durch sie berührt wird. **Es liegt deßhalb in der Natur der S daß die Entscheidung über die Frage, ob und in wie weit im konk Falle ein solches Interesse, sich der Hülfsbedürftigen anzunehmen, vorl und die öffentliche Armenpflege einzutreten verpflichtet sei, nicht dem richt nach Maßgabe des prozessualischen Verfahrens, sondern unter schluß des Rechtswegs nur den mit der Wahrung des öffentlichen Inter betrauten Verwaltungsbehörden zusteht.** Demgemäß bestimmt auch

Digitized by Google

Art. 19 des hess. Gesetzes v. 14. Juli 1871, die Ausführung des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz betr., ganz in Uebereinstimmung mit dem § 63 des preuß. Ausführungsgesetzes v. 8 März 1871, daß ein Anspruch auf Unterstützung des Armen gegen einen Armenverband niemals im Rechtswege, sondern nur bei der Verwaltungsbehörde geltend gemacht werden könne. Urtheil des O. L. G. zu Darmstadt v. 24. Sept. 1881. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 163 S. 216. 217.

58. **Ueber die Zulässigkeit des Rechtsweges bei Ansprüchen Dritter (des Fiskus) gegen einen Armenverband auf Ersatz von Aufwendungen für einen Armen.** Das Bundesgesetz vom 6. Juni 1870 über den Unterstützungswohnsitz und das preuß. Ausführungsgesetz vom 3. März 1871 regeln die öffentliche Unterstützungspflicht der Armenverbände sowohl dem hülfsbedürftigen Armen gegenüber wie im Verhältniß der einzelnen Armenverbände zu einander. In der ersten Beziehung spricht § 63 des Ausführungsgesetzes den in dem Bundesgesetz zwar nicht ausdrücklich aufgestellten, jedoch auch nach diesem selbstverständlichen und in der Natur der Sache begründeten Grundsatz aus, daß der Arme einen Anspruch auf Unterstützung gegen einen Armenverband niemals im Rechtswege, sondern nur bei der Verwaltungsbehörde geltend machen könne, in deren Pflicht es liege, keine Ansprüche zuzulassen, welche über das Nothdürftige hinausgehen, — sowie daß Beschwerden gegen die Verfügungen der Ortsarmenverbände darüber, ob und in welcher Höhe und in welcher Weise die Armenunterstützungen zu gewähren sind, nur im Instanzenzuge der Verwaltungsbehörden zu erledigen seien. Was sodann das Verhältniß der einzelnen Armenverbände zu einander angeht, so ergibt sich aus §§ 40, 41 f. des Ausführungsgesetzes, daß auch Streitigkeiten zwischen den einzelnen Armenverbänden bezüglich der öffentlichen Unterstützungspflicht hülfsbedürftiger Armen nicht im Rechtswege zu verhandeln sind und daß insbesondere Streitigkeiten zwischen verschiedenen Armenverbänden desselben Staats wegen Ersatzes der von einem Armenverband vorläufig geleisteten Unterstützung durch den hierzu verpflichteten Armenverband nur von den dafür bestellten Verwaltungsbehörden, der Deputation für das Heimathwesen, und in höherer Instanz dem Bundesamt für das Heimathwesen in dem durch das Gesetz besonders geregelten Verfahren zum Austrag gebracht werden können. Darüber, ob ein Dritter, welcher einen hülfsbedürftigen Armen unterstützt hat, Ersatz der gehabten Aufwendungen von dem zur öffentlichen Unterstützung des Armen verpflichteten Armenverbande im Verwaltungs- oder im Rechtswege zu beanspruchen habe, enthalten die beiden Gesetze keine Bestimmung. Daraus läßt sich aber die Schlußfolgerung nicht ziehen, daß in diesem Fall der Rechtsweg uneingeschränkt zulässig sein müsse. Nach allgemeinen Grundsätzen kann es zwar keinem Zweifel unterliegen, daß die Verfolgung von Ansprüchen aus nützlicher Geschäftsführung der Geltendmachung im Rechtswege nicht entzogen ist; es ist aber weiter in Betracht zu ziehen, daß die Frage, ob und in welchem Maß ein Dritter Ersatz seiner Verwendungen von dem zur öffentlichen Unterstützung des betreffenden Armen verpflichteten Armenverbande verlangen kann, nicht lediglich nach civilrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen ist, da die den Armenverbänden obliegende Pflicht

Digitized by Google

zur Unterstützung der ihrem Bezirk angehörigen Armen einen öffentlich rechtlichen Charakter an sich trägt und deßhalb die Frage über die Existenz und das Maß der einem Armenverbande obliegenden Pflicht zur Leistung öffentlicher Armenunterstützung oder zum Ersatz der von einem Dritten geleisteten Unterstützung nicht Gegenstand der Disposition der Parteien in einem civilprozessualischen Verfahren sein, vielmehr die Entscheidung über diese Punkte nur durch das Ermessen der in dem Gesetz bestellten Verwaltungsbehörden in dem dafür vorgeschriebenen Verfahren getroffen werden kann. Auch kann der Dritte, welcher Ersatz geleisteter Unterstützung fordert, in dieser Beziehung nicht anders gestellt sein als der Arme selbst, da der Dritte dem Armenverbande gegenüber umfassendere Rechte nicht haben kann als die Verpflichtung reicht, welche dem Armenverbande dem Armen gegenüber obliegt. Wenn § 68 des Ausf.-Ges. bestimmt, daß ein Armenverband die Erstattung bereits verausgabter Unterstützungskosten in allen Fällen, soweit nicht die §§ 40 ff., betr. das Verfahren in Streitsachen der Armenverbände, in Anwendung kommen, nur im gerichtlichen Verfahren beanspruchen könne, so hat damit nur ausgesprochen werden sollen, daß, wenn im einzelnen Fall Ersatz geleisteter Armenunterstützungen von dem Verpflichteten nicht auf Grund einer demselben obliegenden öffentlichen Unterstützungspflicht verlangt werde, auch ein Armenverband einen solchen Ersatzanspruch nicht in dem im Gesetz geregelten Verwaltungsverfahren geltend machen, denselben vielmehr nur auf gerichtlichem Wege verfolgen könne. Das Gesetz hat bei dieser Vorschrift über die Nothwendigkeit des Rechtsweges vornehmlich die in den §§ 65—67 desselben und im § 62 des Bundesgesetzes bezeichneten Fälle im Auge, in welchen Ersatz der einem Armen geleisteten Unterstützung auf Grund eines privatrechtlichen Titels (Familien- und Dienstverhältniß, Vertrag, Genossenschaft, Stiftung u. s. w.") von dem aus diesem Titel zur Unterstützung des Armen Verpflichteten verlangt wird, sonach die Frage nach einer dem Verpflichteten obliegenden öffentlichen Unterstützungspflicht gar nicht in Betracht kommt. Urtheil des O. L. G. zu Cassel v. 6. Nov. 1884. Heuser Annalen Bd. 28 S. 382 ff. S. A. XLI. bezw. XI. (140.) 215—217.

59. **Ueber die Zulässigkeit des Rechtsweges bei Ansprüchen Dritter gegen einen Armenverband auf Ersatz von Aufwendungen für einen Armen.** Urtheil des O. L. G. zu Kiel v. 19. Okt. 1886. Schleswig-Holst. Anz. 1887 S. 386. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 143 S. 205.

60. **Klage des Staats gegen einen Ortsarmenverband auf Ersatz für geleistete Armenunterstützung aus Geschäftsführung; Zulässigkeit des Rechtsweges.** Schon nach allgemeinen Grundsätzen darf davon ausgegangen werden, daß der Anspruch des Staats auf Rückersatz verlangter Verpflegungskosten einem Armenverband gegenüber mit der Geschäftsführungsklage eines Privaten in Ansehung der Nothwendigkeit einer verwaltungsbehördlichen Vorentscheidung nicht auf gleicher Linie stehe. Für die staatlichen Organe spricht die Vermuthung der Legalität. Hat eine nach gesetzlicher Vorschrift zur Uebernahme eines Hülfsbedürftigen verpflichtete und zur Ueberweisung desselben an einen Armenverband an sich kompetente Verwaltungsbehörde die Anordnung getroffen, daß der Arme vorläufig aus Staatsmitteln verpflegt werde, so ist zu unterstellen, daß dies unter

Digitized by Google

thunlichster Berücksichtigung aller Umstände des Falls und nach Prüfung und Feststellung der nothwendigen Voraussetzungen des Anspruchs des Hülfsbedürftigen auf Armenunterstützung erfolgt sei. Während einem Privaten nach dem Grundgedanken des Gesetzes nicht anheim gegeben werden soll, über das Vorhandensein und das Maß der Hülfsbedürftigkeit einer Person nach seinem Ermessen zu befinden, trifft dieser Grund der Nothwendigkeit einer verwaltungsrechtlichen Vorentscheidung bei den Anordnungen der ständigen staatlichen Organe nicht zu. Urtheil des Reichsgerichts v. 20. Juni 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 234 S. 345. 346.

61. **Rechtsweg bei kirchlichen Lasten.** S. hierüber R. C. V. (82.) 300 ff.

62. In Uebereinstimmung mit dem Kgl. preuß. Obertribunale ist aus den in dessen Erkenntniß vom 7. November 1877 (Entsch. Bd. 81 S. 75) angeführten Gründen anzunehmen, daß **die über die Vertheilung der Kirchenbaulast, namentlich bezüglich der Personen der Beitragspflichtigen, bestehenden gesetzlichen Bestimmungen nicht durch den § 31 Nr. 6 der evangelischen Kirchengemeinde- und Synodalordnung vom 10. Sept. 1873 und Art. 9 des Ges. vom 25. Mai 1874 aufgehoben** sind. Der Art. 3 Abs. 3 des Ges. vom 25. Mai 1874 betrifft selbstverständlich die durch die Kirchengemeinde- und Synodalordnung angeordneten Umlagen, und diese im § 31 Nr. 6 erwähnten Umlagen beziehen sich, wie im Erkenntniß des Obertribunals vom 7. Novbr. 1877 mit Recht angenommen ist, auf gewisse neue Abgaben und Leistungen, welche mit den in § 15 des Ges. vom 24. Mai 1861 gemeinten nicht identisch sind; namentlich beziehen sich die Umlagen jenes § 31 Nr. 6 nicht auf die Leistungen zum Kirchenbau. Sodann setzt der § 15 des Gesetzes vom 24. Mai 1861 eine Umlage voraus, welche von der aufsichtführenden Regierung in Gemäßheit gesetzlicher Bestimmung angeordnet oder exekutorisch erklärt ist. Die Worte „in Gemäßheit gesetzlicher Bestimmung" haben sich in dem von der preußischen Regierung dem Landtage vorgelegten Entwurfe des Gesetzes noch nicht befunden, sind erst von der Kommission des Abgeordnetenhauses ohne Widerspruch der Regierungskommissarien eingeschaltet und demnächst in das Gesetz aufgenommen, und zwar ausdrücklich, um die Ausschließung des Rechtsweges auf den Fall zu beschränken, daß die Regierung kraft einer besonderen gesetzlichen Bestimmung zur Anordnung und Vertheilung der umgelegten Beiträge und Abgaben ermächtigt ist, und nicht bloß in Ausübung ihres allgemeinen Aufsichtsrechtes handelt (Stenograph. Ber. über die Landtagsverhandlungen 1861 Bd. 4 S. 951). Sobald die Voraussetzung einer besonderen gesetzlichen Bestimmung nicht zutrifft, ist durch die exekutorisch erklärte Umlage der Regierung der Rechtsweg nicht ausgeschlossen, und da die endgültige Entscheidung darüber, ob jene Voraussetzung vorliegt oder nicht, der Verwaltungsbehörde nicht beigelegt ist, sondern die Entscheidung, wie allgemein über die Frage, was Gegenstand des Rechtsweges ist, zur richterlichen Kognition gehört, so hat das Gericht gerade in Befolgung des § 15 a. a. O. darüber zu entscheiden, ob der Umlage eine besondere gesetzliche Bestimmung zu Grunde liegt, folgeweise im Falle der Verneinung über die streitige Beitragspflicht materiell zu erkennen. Endlich handelt der § 15 nicht bloß

Digitized by Google

im ersten, sondern auch im zweiten Satze nur von beständigen Kirchenabgaben und Leistungen. Wie die Regierungsmotive zum Entwurfe des Gesetzes ausführen, und wie auch die Bezugnahme in den Anfangsworten des Paragraphen ergibt, sollte die Erweiterung des Rechtsweges, soweit etwas Neues darüber bestimmt werde, sich nur auf die in Nr. 1 der Kabinetsordre vom 19. Juni 1836 erwähnten Abgaben erstrecken, und dort sind nur die beständigen Abgaben und Leistungen genannt. (R. G. 8. I. 80.) R. C. I. (56.) 140—143.

63. **Der Streit über die gutsherrliche Verpflichtung, zur Unterhaltung einer Schule beizutragen, ist vom Rechtsweg nicht ausgeschlossen.** (R. G. 24. VI. 80.) R. C. II. (68.) 247—250.

64. **Inwieweit durch § 47 des preußischen Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 bei Streitigkeiten der Betheiligten über die Tragung von Schulbaulasten der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen ist,** (R. G. 23. XII. 86.) R. C. XVII. (43.) 176.

65. **Die nach dem römischen Rechte wegen Störung im Gebrauch eines öffentlichen Weges gegebene Klage ist auch nach der im Königreiche Preußen über die Zulässigkeit des Rechtsweges bestehenden Vorschriften statthaft.** (R. G. 23. I. 80.) R. C. I. (5.) 155—158. (R. C. VI. (42.) 162.)

66. **Zuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung der Frage, ob Jemand auf Grund eines privatrechtlichen Titels zur Unterhaltung eines öffentlichen Weges verpflichtet sei.** Urtheil des obersten L. G. f. Bayern v. 13. Juni 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7. Nr. 145, S. 212.

67. **Die Entscheidung über die Oeffentlichkeit eines Weges in einem Streite mit der Wegepolizei, über die Richtigkeit ihrer Anordnung ist den Verwaltungsgerichten übertragen, eine Entscheidung aber, wenn die Frage einen Bestandtheil eines Privatrechtsstreites bildet, den ordentlichen Gerichten nicht entzogen.** (Preuß. Gesetze vom 1. August 1883 § 56 und vom 19. März 1881 Art. IV. § 2.) (R. G. 21. X. 85.) R. C. XIV. (67.) 263.

68. **Gerichtliche Zuständigkeit für Rechtsverfolgungen auf Abwehr eines Eingriffs in Privateigenthum bei Höherlegung einer Straße und Anlage eines Trottoirs. Dieselbe wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß sich auf Grund der Vertheidigung des Beklagten der streitige Platz als Theil der öffentlichen Straße herausstellt.** (B. O. L. 11. III. 84.) S. X. (131.) 351 ff.

69. **Für die Forderung der Bestellung einer Kaution, welche für die Erfüllung der nach Ortsstatut dem Kautionspflichtigen obliegenden Beiträge bei Anlegung einer neuen Straße haften soll, ist der Rechtsweg weder reichsgesetzlich noch nach Preuß. Recht** (Fluchtliniengesetz vom 2. Juli 1875 §§ 15, 8, 9) **ausgeschlossen.** (R. G. 9. VI. 85.) U. u. A. III. (107.) 240 f.

70. **Die in Art. 33 Ziff. 3 des bayr. Wasserbenützungsgesetzes vom 28. Mai 1852 angeführten künstlichen Kanäle gehören zum Privateigenthum der Grundbesitzer.** (Pözl, Kommentar zum Wasserbenützungsgesetze, 2. Aufl., S. 97.) **Der Streit über Umfang und Art der Benützung des Eigenthums oder Miteigenthums hieran gegenüber den Mitbesitzern betrifft somit eine streitige Privatrechtssache und gehört deß-**

Digitized by Google

halb zum Wirkungskreise der Gerichte. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß das Wasser in dem Kanal aus einem öffentlichen Flusse abgeleitet ist. (Pözl, a. a. O., S. 103.) Der zweite Absatz des Art. 2 des Wasserbenützungsgesetzes bestimmt zwar, daß auch die Nebenarme öffentlicher Flüsse, selbst wenn sie nicht der Schiff- oder Floßfahrt dienen, als öffentliche Gewässer zu gelten haben; allein er fügt ausdrücklich bei: „unbeschadet der Bestimmung des Art. 33 Ziff. 3", unter welcher Ziffer eben die künstlich angelegten Kanäle aufgezählt sind. (B. O. L. 25. I. 84.) S. X. (114.) 309.

71. **Ueber die Befugniß zur Benutzung der Meeresufer ist der Rechtsweg nicht zulässig.** (R. G. 23. II. 80.) R. C. I. (131.) 366 ff.

72. **Ueber die Befugniß zum Betriebe der Schankwirthschaft auf einem Grundstücke, mit welchem eine Realgerechtigkeit verbunden ist, ist der Rechtsweg zulässig.** Die Realgerechtigkeit hat, mag ihre Ausübung auch unter öffentlicher Kontrole stehen, doch keinen öffentlich-rechtlichen Charakter. Ihre privatrechtliche Natur äußert sich schon darin, daß sie dem Grundstücke, welchem sie als berechtigtem Subjekt angehört, einen höheren Werth verleiht, als dasselbe ohne die Gerechtigkeit haben würde. Der Besitzer eines so berechtigten Grundstückes hat daher ein im Privatrechte wurzelndes Interesse daran, daß die Berechtigung bestehe und als bestehend anerkannt werde, und es muß deßhalb auch berechtigt erscheinen, wenn sein Recht angezweifelt wird oder thatsächlichen Widerspruch erfährt, dasselbe im ordentlichen Rechtswege geltend zu machen und ihm Anerkennung zu verschaffen. In der Realschankgerechtigkeit selbst liegt nichts, welches deren Feststellung und Verfolgung im Rechtswege ausschlösse. Auch besteht eine gesetzliche Vorschrift nicht, welche Streitigkeiten über die Existenz einer solchen Gerechtigkeit den Gerichten entzöge und vor andere Behörden verwiese, vielmehr finden sich Bestimmungen im preußischen Rechte, welche für Streitigkeiten über den Bestand und den Umfang von Gewerbeberechtigungen ausdrücklich die Berufung auf rechtliches Gehör offenhalten, selbst wenn darüber bereits durch die Verwaltungsbehörde entschieden ist. (Vgl. z. B. § 43 des Entschädigungsgesetzes zur allgem. Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845, preuß. G. S. S. 79; §§ 22 des Gesetzes, betreffend die Regulirung des Abdeckereiwesens, vom 31. Mai 1858, preuß. G. S. S. 333.) (R. G. 21. IV. 86.) R. C. XV. (29.) 143.

73. **Zuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung der Frage, ob der Erbe des Mitpächters einer Gemeindejagd in das Pachtverhältniß eintreten könne.** Urtheil des O. L. G. zu Darmstadt v. 12. Juli 1880 u. des Reichsgerichts v. 16. Novbr. 1880. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 232 S. 349 ff.

74. **Unzulässigkeit der Klage des Besitzers einer Grabstelle gegen die Staatsbehörde auf Gestattung der Ausgrabung einer Leiche.** Urtheil des Reichsgerichts v. 23. Aug. 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 2 S. 2 f.

75. **Ueber die Zulässigkeit des Rechtsweges bei dem interdictum ne quid in loco publico fiat.** Urtheil des O. L. G. zu Kiel v. 10. März 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 51 S. 86. 87.

76. **Ziff. 3. Die Einrede der Rechtshängigkeit wird zur Einrede der rechtskräftig abgeurtheilten Sache, nachdem in dem Prozesse durch End-**

Digitized by Google

urtheil über den Streit definitiv entschieden ist. (B. O. L. 21. III. 82.) S. IX. (183.) 561.

77. **Der Hauptschuldner, der in einem von dem Gläubiger gegen die Bürgen angestellten, noch schwebenden Prozesse als Nebenintervenient aufgetreten ist, kann in dem von dem Gläubiger gegen ihn selbst angestrengten Prozesse nicht Rechtshängigkeit vorschützen.** Der Beklagte des letzteren Prozesses ist nicht Partei im Vorprozesse; es ist dort kein Klageantrag gegen ihn gerichtet; das in dem Prozesse gegen die Bürgen ergehende Urtheil präjudizirt die Entscheidung des letzteren Prozesses nicht. Inwieweit der Beklagte das im Vorprozesse ergehende Urtheil gegen sich gelten lassen muß, wenn die Bürgen gegen ihn Regreß nehmen, ist hier nicht zu erörtern, da der gegenwärtige Prozeß zwischen dem Gläubiger als Kläger und dem Hauptschuldner als Beklagten geführt wird. Zwar folgt daraus, daß der Hauptschuldner und die Bürgen correi debendi sind, daß ein in dem Prozesse gegen die Bürgen ergehendes absolutorisches Urtheil, wenn die Klageabweisung nicht aus subjektiven, in der Person des Bürgen liegenden Gründen, sondern deßhalb, weil der Klageanspruch für materiell unbegründet anerkannt wird, auch dem jetzt beklagten Hauptschuldner zu statten kommt, während ein gegen die Bürgen ergehendes kondemnatorisches Urtheil nicht gegen den Hauptschuldner wirkt. Aber eben daraus, daß ein die Bürgen kondemnirendes Urtheil gegen den Hauptschuldner nicht wirkt, ergibt sich, daß der Prozeß gegen die Bürgen und der Prozeß gegen den Hauptschuldner sich nicht vollständig decken, daß das in dem einen Prozesse ergehende Urtheil nicht auf alle Fälle res judicata für den anderen Prozeß macht. Daraus folgt aber weiter, daß daraus, daß der Prozeß gegen die Bürgen schwebt, keine Rechtshängigkeit für den Prozeß gegen den Hauptschuldner begründet wird. Die bloße Möglichkeit, daß in dem Prozesse gegen die Bürgen ein Urtheil ergehen kann, nämlich ein absolutorisches, welches auch dem Hauptschuldner zu gute kommen würde, reicht nicht aus, um die Einrede der Rechtshängigkeit zu begründen. Wie den aus dem Erlasse eines solchen Urtheils möglicherweise sich ergebenden Unzuträglichkeiten zu begegnen sei, ist hier nicht zu erörtern. In dem angegebenen Sinne ist auch in der gemeinrechtlichen Praxis der höchsten deutschen Gerichtshöfe überwiegend entschieden (Seuffert, Archiv Bd. III Nr. 264, Bd. VI Nr. 257, Bd. XIX Nr. 22, Bd. XXV Nr. 212, vergl. mit den abweichenden Entscheidungen in Bd. XII Nr. 12, Bd. XX Nr. 20; vergl. auch Plank, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 287, 526). Nach der deutschen R. C. P. O. steht der Umstand, daß Beklagter als Nebenintervenient in dem Vorprozesse aufgetreten ist, für sich allein der vom Gläubiger gegen den Hauptschuldner (dem Nebenintervenienten des Vorprozesses) erhobenen Klage ebenfalls nicht im Wege. Die Aufgabe des Nebenintervenienten ist nur die, der Partei, welcher er beigetreten ist, zum Siege zu verhelfen. Er ist nicht Partei und kann weder siegen, noch verurtheilt werden. Auch der § 66 der R. C. P. O. führt nicht zu einem anderen Ergebnisse. Wenn man auch annehmen könnte, daß die Voraussetzung im Eingange des § 66 hier vorliege, daß „nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozesse (hier gegen die Bürgen) erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältniß

Digitized by Google

des Nebenintervenienten (hier des Hauptschuldners) von Wirksamkeit ist" (vergl. die obige Ausführung), so folgt doch aus § 66 nicht, daß in dem vorgesehenen Falle der Nebenintervenient in dem Prozesse, in welchem er intervenirt, Partei, wirklicher Streitgenosse ist; denn Streitgenossen sind nach §§ 56, 57 der R. C. P. O. diejenigen, welche gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden; die Rechtshängigkeit wird nach § 235 der R. C. P. O. durch Erhebung der Klage begründet; gegen den Hauptschuldner ist aber in dem Prozesse gegen die Bürgen die Klage nicht erhoben. Der § 66 bestimmt in dem dort vorgesehenen Falle nur, daß der Nebenintervenient als Streitgenosse der Hauptpartei gilt (d. h. wie ein solcher behandelt wird) und zwar im Sinne des § 58 d. h. mit der Wirkung, daß, während der Nebenintervenient der Regel nach mit den Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei nicht in Widerspruch treten darf (§ 64 der R. C. P. O.), der Nebenintervenient des § 66 nach § 58 in seinen Handlungen von der Hauptpartei unabhängig ist. (R. G. 19. III. 84.) A. X. (20.) 81—83.

78. **Die Einrede der Rechtshängigkeit in Couponsprozessen gegen Oesterreichische Eisenbahnen kann nicht auf das Oesterreichische Kuratorengesetz vom 24. April 1874 gestützt werden. Sache des inländischen Richters, dem die Prüfung jenes Einwandes der Rechtshängigkeit zusteht, ist es, selbständig nicht bloß die Frage, ob der inländische Kläger den Oesterreichischen Gesetzen in Bezug auf das die Obligationen, beziehentlich Coupons betreffende Rechtsverhältniß unterworfen ist, sondern auch, wenn dies bejaht wird, die Frage, was gedachte Gesetze in Bezug auf das Rechtsverhältniß bestimmen, zu prüfen und zu entscheiden.** Die Auslegung dieser Gesetze durch die Oesterreichischen Gerichte kann, wenn der Kläger sich für das Rechtsverhältniß nicht der Oesterreichischen Jurisdiktion unterworfen hat, sondern es sich gerade um Ausübung der Jurisdiktion seitens des inländischen Richters handelt, nicht maßgebend sein. (R. G. 8. I. 81.) A. III. (60.) 219—222 und (R. G. 9. VII. 81.) A. IV. (67.) 249. 250.

79. **Das Gericht kann die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung eines anderen zwischen den Parteien anhängigen Rechtsstreites nicht anordnen, wenn von dem Beklagten die Einrede der Rechtshängigkeit vorgeschützt ist.** (R. G. 11. II. 81.) S. hierüber bei § 139 ad R. C. III. (113.) 403.

80. **Ziff. 5. Substanziirung der prozeßhindernden Einrede aus § 247 Ziff. 5 C. P. O.** Die Grundlagen zur Initiative bei der Prozeßkostenerstattung liegen in der Hand des Erstattungsberechtigten. Die Civilprozeßordnung enthält keine ähnliche Bestimmung, wie diejenige des Art. 116 der Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern, welcher verordnete: „Wo das Gesetz vorschreibt, daß die Erhebung einer neuen Klage oder die Fortsetzung eines Verfahrens nicht eher statthaft sei, als bis der Gegenpartei die ihr bisher verursachten Kosten ersetzt sind, hat, wenn dieser Ersatz dadurch gehindert wird, daß die zu dessen Empfang berechtigte Partei die Festsetzung der Kosten verzögert oder deren Angabe verweigert, das Gericht hierzu auf einfache Darstellung des Betheiligten eine angemessene Frist zu bestimmen, nach deren Ablauf die Erhebung der neuen Klage, bezw. die Fortsetzung des Verfahrens gestattet wird". Bei dieser Lage des Gesetzes und dem aus

Digitized by Google

demselben ersichtlichen (auch in der Begründung des Entwurfes der Civilprozeßordnung ausdrücklich hervorgehobenen) Zwecke der Normen über die Behelfe des Beklagten aus § 243 Abs. 4 und § 247 Ziff. 5 C. P. O., Vexationen des Beklagten durch den Kläger zu verhüten (während es dem Hauptzwecke der Prozeßgesetze, die prozessuale Verfolgung wohlerworbener Rechte zu sichern, widerstreben würde, wenn jene exceptionellen Einschränkungen der Geltung dieses Grundprinzipes derartig verstanden würden, daß dieselben zu chikanöser Verkümmerung der Verfolgbarkeit der klägerischen Rechte seitens der Beklagten führen könnten), erhellt der Sinn des Gesetzes, daß die Behelfe aus den §§ 243 Abs. 4 und 247 Ziff. 5 C. P. O. dem Beklagten nur unter der Voraussetzung zustehen, daß er (als für ihn potestative Bedingung des Wachwerdens der klägerischen Pflicht zur sofortigen Erstattung der Kosten des früheren Verfahrens und, im Falle der Unterlassung sofortiger Erfüllung dieser Pflicht, einer Säumniß des Klägers) vom Kläger die Erstattung der Kosten jenes früheren Verfahrens (unter Klarlegung des zu erstattenden Kostenbetrages) gefordert hat. (R. G. 13. III. 82.) R. C. VI. (108.) 360. 361.

81. Der § 247 C. P. O. bestimmt, daß prozeßhindernde Einreden gleichzeitig und vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen sind, und zählt dann diejenigen Einreden auf, welche als prozeßhindernde anzusehen sind, unter diesen auch unter 5 die Einrede, daß die zur Erneuerung des Rechtsstreites erforderliche Erstattung der Kosten des früheren Verfahrens noch nicht erfolgt sei. Er bestimmt also nicht, in welchen Fällen diese Einrede statthaft ist, sowenig er die Fälle bezeichnet, in welchen eine der anderen Einreden Platz greifen kann. Die Bestimmung hierüber kann daher nur in den anderweiten Vorschriften der Prozeßordnung gesucht und in Ermangelung jeder anderen einschlägigen Bestimmung nur in § 243 Abs. 4 gefunden werden. Nach diesem ist aber **die Einrede nur im Falle der erneuerten Anstellung einer zurückgenommenen Klage gewährt. Sie findet also nicht statt, wenn die frühere Klage durch Urtheil zurückgewiesen worden ist.** Eine Ausdehnung der Vorschrift erlaubt der klare Wortsinn des § 243 a. a. O. sowenig, als der Gedanke, der ihr ausweislich der Motive zu Grunde liegt. Laut dieser bezweckt sie in Verbindung mit § 247 Ziff. 5 a. a. O. „den Beklagten vor Vexationen des Klägers zu schützen". Von solchen kann aber nur im Falle freiwilliger Rücknahme von Klagen die Rede sein, nicht im Falle ihrer Zurückweisung durch Urtheil. (R. G. 4. XII. 85.) R. C. XV. (103.) 382.

82. **Die prozeßhindernde Einrede der Prozeßkostenerstattung (§ 247 Ziff. 5 der C. P. O.) bezieht sich nur auf den Fall des § 243 Abs. 4.** „Der § 247 der C. P. O. disponirt in keiner Weise über die thatsächlichen Voraussetzungen, unter welchen die als prozeßhindernd bezeichneten Einreden überhaupt gegeben sind, also auch nicht (zu Ziff. 5), wann die Erstattung der Kosten eines früheren Verfahrens zur Erneuerung des Rechtsstreites erforderlich und wann nicht erforderlich sei. Sowenig wie in Ziffer 4 eine selbständige Disposition dahin gefunden werden kann, daß in jedem Fall vom Kläger Sicherheit für die Prozeßkosten zu bestellen sei, ebensowenig läßt sich aus den Worten bei Ziff. 5 entnehmen,

Digitized by Google

daß, falls ein früheres Verfahren stattgehabt, zur Erneuerung des Rechtsstreits die Erstattung der Kosten dieses früheren Verfahrens ohne alle Unterscheidung erforderlich sei. Ebensowenig kann man etwa sagen wollen, daß schon nach allgemeinen Prozeßgrundsätzen ein Beklagter dagegen zu schützen sei, in Folge eines erneuten Vorgehens des Klägers zum zweiten Male Kosten aufwenden zu müssen, bevor ihm die durch das erste Vorgehen desselben verursachten Kosten erstattet seien. Denn aus der Natur des Civilprozesses folgt die Nothwendigkeit einer solchen vorherigen Erstattung keineswegs. Es bedarf daher eines bestimmten Ausspruchs des Gesetzgebers darüber, unter welchen Voraussetzungen eine solche vorherige Kostenerstattung für die Erneuerung des Rechtsstreites nothwendig sei, und jedenfalls kann da, wo ein solcher bestimmter Ausspruch des Gesetzgebers vorliegt, nicht über dessen Inhalt mit Hülfe allgemeiner Grundsätze der Doktrin hinausgegangen werden. Da nun die C. P. O. in der That im § 243 Abs. 4 vorschreibt, daß der Beklagte, wenn der Kläger nach erfolgter Zurücknahme seiner Klage dieselbe von Neuem anstellt, die Einlassung verweigern könne, bis die Kostenerstattung erfolgt sei, und da für irgend einen andern Fall eines stattgehabten früheren Verfahrens eine gleiche Disposition in der C. P. O. sich nicht findet, so liegt hiernach klar, daß jene vorherige Kostenerstattungspflicht, welche § 247 Ziff. 5 im Auge hat, eben nur im Falle einer erfolgten Zurücknahme der Klage, nicht aber in anderen Fällen eines bereits früher stattgehabten Verfahrens dem den Rechtsstreit erneuernden Kläger hat auferlegt werden sollen. Daß dies die Meinung des Gesetzgebers sei, ergeben auch die Motive zu § 247. Denn wenn es in denselben heißt: „Wegen der Nr. 1 ist auf die §§ 39, 40 . . . ., wegen Nr. 5 auf § 243 Abs. 4 . . . . zu verweisen", so sind diese Allegate von Gesetzesstellen nicht etwa nur beispielsweise, sondern erschöpfende. Insbesondere findet sich außer dem Abs. 4 des § 243 keine weitere Stelle in der C. P. O., welche zu der Nr. 5 noch hätte allegirt werden können. Auch ist aus den Motiven zu § 243 zu entnehmen, daß der Gesetzgeber nur für den Fall der freiwillig erfolgten Zurücknahme der Klage die Einrede des § 247 Nr. 5 zu geben für nöthig erachtete, um „den Beklagten gegen Vexationen des Klägers zu schützen". Es kann aber der Fall der freiwilligen Zurücknahme der Klage dem Fall der wider Klägers Willen erfolgten Abweisung seiner Klage rücksichtlich der Frage nach der vor einer Erneuerung des Rechtsstreits zu erfüllenden Kostenerstattungspflicht nicht gleichzustellen. Denn nur in dem ersten, nicht aber auch in dem zweiten Fall gründet es sich lediglich auf den freien Willen des Klägers, wenn der Beklagte sich eine anderweitige Klagerhebung gefallen lassen muß. Eine Befürchtung von Vexationen wird daher auch nur in dem ersten Falle in Frage kommen können, wogegen in dem zweiten Fall der Beklagte eines besonderen Schutzes um deßwillen nicht bedarf, weil ihm in diesem der Weg der Zwangsvollstreckung bereits offen steht, um den Kläger zur Erfüllung seiner Kostenerstattungspflicht zu bringen, während er im Fall der freiwilligen Klagzurücknahme, um die Exekutionsinstanz beschreiten zu können, erst noch ein Urtheil, welches jene Verpflichtung ausspricht, extrahiren muß. Daß, wenn Beklagter ein solches Urtheil extrahirt hat, er streng genommen des Schutzes seiner Einrede aus Ziff. 5

Digitized by Google

des § 247 auch im Fall der erfolgten Klagzurücknahme nicht mehr darf, kann hieran nichts ändern. Es würde der Gesetzgeber sich in Minutiöse verlieren müssen, wollte er solcher Casuistik Rechnung tra Zwar könnte man sagen wollen, derselbe habe gerade mit gutem bedacht auch für diesen Fall die fragliche Einrede noch bei Wirkung halten, weil ja möglicherweise die Exekution im Mangel von Hülf jekten erfolglos bleiben könne. Auch könnte man von diesem Gesichtspu aus dazu kommen wollen, jene Einrede als ganz allgemein für alle eines stattgehabten früheren Verfahrens gegeben zu erachten; allein solche Erwägung würde wohl de lege ferenda an ihrem Platze de lege lata aber erscheint sie ohne Boden. Urtheil des O. L. G Jena v. 7. Nov. 1881. Blätter f. Rechtspfl. in Thüringen ꝛc. Bd S. 249. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 178 S. 228—230.

83. **Die prozeßhindernde Einrede der fehlenden Kostenerstat (§ 247 Nr. 5) ist nicht anwendbar bei Wiederholung der Ver.-Einle nach Zustellung des Urtheils (§ 477 Abs. 2).** Die im § 247 Ziff. 5 C. P. O. normirte prozeßhindernde Einrede bezieht sich offenbar auf den Fall des § 243, wonach die bis zum Beginn der mündli Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache erfolgte Zurücknahme Klage alle Wirkungen der Rechshängigkeit beseitigt und die Sache in Lage zurückversetzt, in welcher sie sich vor der Klagerhebung befu hat. Diese nach ihren Voraussetzungen und Wirkungen von dem des § 477 Abs. 2 ganz verschiedene und ausnahmsweise Bestimm kann auf die für wirkungslos erkärte Berufung keine Anwendung fin Abgesehen davon, daß § 243 von einer durch die klagende Partei folgten Zurücknahme der Klage handelt und zur Verminderung Vexationen die Erneuerung vor Erstattung des klar gestellten Koste trags verhindert werden soll, während hier die Zurückweisung der rufung durch den Richter erfolgt ist, so liegen die Verhältnisse auc sonstiger Beziehung ganz anders. In § 243 handelt es sich von e rechtshängig gewesenen Klage, nach § 477 Abs. 2 wird aber die rufung als wirkungslos zurückgewiesen, weil sie rechtsgültig als noch nicht eingelegt gilt, vielmehr noch die Zustellung des erstinstanzli Urtheils nöthig ist und damit die Nothfrist des § 477 Abs. 1 in gesetzt wird. Von einer rechtsähnlichen Anwendung auf diesen ganz schiedenen Fall kann daher auch mit Zuhülfenahme des § 485 keine sein. Urth. des O. L. G. zu Karlsruhe v. 8. März 1884. S. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 64 S. 101.

84. Ziff. 6. **Unter der Einrede der mangelnden Prozeßfähigkei im § 247 Nr. 6 die Einrede gemeint, daß einer Partei die Prozeßf keit im Sinne des § 50 C. P. O. mangele.** Der § 50 versteht u der Prozeßfähigkeit die Fähigkeit einer Partei, selbst vor Gericht stehen, im Gegensatze der nicht prozeßfähigen Partei, welche nicht se sondern durch einen gesetzlichen Vertreter vor Gericht stehen kann. (R 24. V. 84) R. C. XIII. (82.) 332.

85. **Wenn der Beklagte die Vertretungsbefugniß der für eine Ak gesellschaft im Prozesse auftretenden Personen bestreitet, so genügt Rüge, um jene zur Vorlegung ihrer Wahlprotokolle zu nöthigen.** (§ Abs. 6 der R. C. P. O.) Ob in anderen ähnlichen Prozessen an

Digitized by Google

Beklagte die Legitimation jener Personen anerkannt hatten, ist dem Beklagten, welcher die Legitimation bestreitet, nicht präjudizirlich. Er, die Prozeßpartei, hat nichts zugestanden oder anerkannt. Jene Prozesse sind für den Beklagten keine Vorprozesse, das heißt, es besteht zwischen diesen Prozessen und den Prozeßparteien kein Zusammenhang, wonach das Verhalten der dort Beklagten dem jetzt Beklagten gegenüber als Dispositionsakt oder bezüglich des Thatsachenbeweises eine nachtheilige Wirkung haben könnte. (R. G. 12 III. 84) A. X. (21). 84. **Das Gericht darf die bestrittene Legitimation der klägerischen Vertreter nicht aus ihm in Vorprozessen erbrachten Beweisen als notorisch betrachten.** — S. hierüber (R. G. 12 III. 84) bei § 264 ad. A. X. (21) 84. 85. —

86. **Die Klagen, mit welchen eine Befreiung von einer durch eine polizeiliche Verfügung auferlegten Verpflichtung auf Grund des § 2 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen geltend gemacht wird, sind gegen die Behörde zu richten, von welcher die betreffende polizeiliche Verfügung erlassen ist.** (R. G. 15 III. 82 in R. C. VI. (57) 204). Da es in diesem Falle nicht, wie in Fällen des § 4, um einen vermögensrechtlichen Anspruch, sondern um die Frage sich handelt, ob die Polizeibehörde befugt sei, dem Kläger eine bestimmte Handlung aufzugeben oder die Vornahme bestimmter Handlungen zu verbieten, vorausgesetzt, daß ein Eingriff in ein zum Privateigenthume gehörendes Recht in Frage steht, also um eine Anfechtung der betreffenden polizeilichen Verfügung, so können diese Klagen nicht gegen den Fiskus gerichtet werden, sondern dieselben sind gegen die verfügende Behörde anzustellen. Wie bei den vermögensrechtlichen Klagen gegen den Staat dieser der eigentliche Prozeßgegner ist, und die verschiedenen, nach den Institutionen der einzelnen Staaten zur Vertretung des Fiskus, d. h. des Staates als Vermögenssubjekt, des Staatvermögens, berufenen Behörden nur als Vertreter des Fiskus, nicht als sebstständige Rechtssubjekte klagen, bezw. verklagt werden, so erscheint auch in den Fällen des § 2 a. a. O. diejenige Polizeibehörde, welche die Verfügung erlassen hat, deren Wirksamkeit und Verbindlichkeit für den Kläger angefochten wird, als Vertreterin des Staates, indem beim Mangel besonderer Bestimmungen angenommen werden muß, daß der Staat, welcher unter gewissen gesetzlichen Voraussetzungen die Anfechtung der polizeilichen Verfügungen, bezw. die Geltendmachung der Befreiung von der Befolgung derselben im Wege des Prozesses zuläßt, derjenigen Behörde seine Vertretung im Prozesse übertragen habe, welche die Verfügung erlassen hat. Es findet diese Annahme auch darin Unterstützung, daß nach § 3 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 die Polizeibehörde die Bestimmung des ergangenen rechtskräftigen Erkenntnisses bei ihren weiteren Anordnungen beachten muß, indem hier ein wider die Polizeibehörde selbst auf Grund eines besonderen Gesetzes oder eines speziellen Rechtstitels erstrittenes Erkenntniß vorausgesetzt wird, in welchem die Befreiung des Klägers von der in Frage stehenden polizeilichen Anordnung ausgesprochen ist. (Vgl. Oppenhoff, Die preuß. Gesetze über die Ressortverhältnisse zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden S. 349 Note 63, S. 352 Note 90, S. 353 Note 93, 94, S. 356 Note 111.) — (R. G. 7. XI. 82.) R. C. VIII. (57) 226—229.

Digitized by Google

87. **Das kgl. preuß. Kriegsministerium ist in Angelegenheiten, bei welchen es sich um Eigenthum des Reiches an Festungsgegenständen handelt, zur Vertretung des Reichsmilitärfiskus im Prozesse nicht berufen** und ist somit eine hierauf nach § 247 Ziff. 6 gestützte prozeßhindernde Einrede begründet. (R. G. 13. VI. 82.) R. C. VIII. (1.) 2. 3.

88. Nach § 16 der Organisationsbestimmungen für die Eisenbahnverwaltung vom 24. November 1879 ist den kgl. preuß. Eisenbahnbetriebsämtern die Erledigung aller Geschäfte der laufenden Verwaltung, insbesondere auch die Vornahme von Rechtshandlungen und speziell **die Führung von Prozessen zugewiesen**, soweit nämlich diese Geschäfte nicht der Direktion vorbehalten sind. (Zu diesen vorbehaltenen Geschäften gehört nach § 143c die Entscheidung über die Ansprüche aus dem Haftpflichtgesetze, wenn die vergleichsweise zu gewährende Entschädigung den Betrag einer jährlichen Rente von 300 ℳ übersteigt. (R. G. 28. X. 81.) R. C. V. (121.) 428.

89. **Die Einrede der mangelnden Parteifähigkeit ist nicht als eine prozeßhindernde Einrede im Sinne der §§ 247. 248. C. P. O. anzusehen.** (R. G. 20. VI. 84.) S. hierüber bei § 50 ad. R. C. XII. (118.) 399. 400.

90. **Eine bloß die Parteifähigkeit bejahende Entscheidung ist kein Endurtheil, sondern nur ein präparatorisches, die Sache selbst nicht betreffendes Zwischenurtheil.** (R. G. 15. V. 82.) A. VI. (22.) 129—131.

§ 248.

§ 248.

Ueber prozeßhindernde Einreden ist besonders zu verhandeln und durch Urtheil zu entscheiden, wenn der Beklagte auf Grund derselben die Verhandlung zur Hauptsache verweigert, oder wenn das Gericht auf Antrag oder von Amtswegen die abgesonderte Verhandlung anordnet

Das Urtheil, durch welches die prozeßhindernde Einrede verworfen wird, ist in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen; das Gericht kann jedoch auf Antrag anordnen, daß zur Hauptsache zu verhandeln sei.

§ 465.

91. Indem § 248 C. P. O. die abgesonderte Verhandlung über prozeßhindernde Einreden gestattet und ein solche Einreden verwerfendes Urtheil in betreff der Rechtsmittel für ein Endurtheil erklärt, gleichzeitig aber anordnet, daß auf Antrag auch zu Hauptsache verhandelt werden könne, ist die Möglichkeit gegeben, daß ein und derselbe Rechtsstreit in mehreren Instanzen zugleich anhängig wird, daß in den verschiedenen Instanzen verschiedene anscheinend sich widersprechende Urtheile gefällt werden und daß ein kontradiktorisches rechtskräftiges Urtheil in der Hauptsache ergeht, während der Streit über die Einrede in der höheren Instanz noch schwebt. Auch die Möglichkeit ist nicht ausgeschlossen, daß in erster Instanz nach Verwerfung einer prozeßhindernden Einrede in Gemäßheit der Bestimmung des § 276 C. P. O. vorab nur über den Grund des Anspruches erkannt und sodann auf eine Verhandlung über den Betrag ein den Beklagten zu einer bestimmten Summe verurtheilendes Erkenntniß ergeht, welches, weil die Feststellung des Betrages dem Beklagten keinen Grund zur Beschwerde gibt, rechtskräftig wird, bevor auf die gegen die beiden Zwischenurtheile eingelegten Rechtsmittel eine endgültige Entscheidung hat erfolgen können. In der That kann aber hier immer nur von einem scheinbaren Widerspruche die Rede sein. Denn

Digitized by Google

eine jede im abgesonderten Verfahren der §§ 248 und 276 C. P. O. ergehende Entscheidung kann, sofern sie nicht durch die Rechtskraft eines vorausgegangenen Zwischenurtheiles eine weiterreichende Bedeutung gewinnt, mit ihrer Rechtskraft nicht hinausgehen über das, was in dem abgetrennten Verfahren den Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung gebildet hat. Ein solches Urtheil liefert nur einen der verschiedenen grundlegenden Bestandtheile, aus denen sich im ungetrennten Verfahren das den Prozeß für die Instanz erledigende Erkenntniß zusammensetzt. Es unterliegt selbständig der Anfechtung, aber das dawider eingelegte Rechtsmittel verstellt bloß das Einzelurtheil des abgesonderten Verfahrens zur Entscheidung des höheren Richters. Und ob das nach vorausgegangener Vorentscheidung erfolgte Enderkenntniß mit einem Rechtsmittel angefochten wird oder nicht, kann das Verhältniß, in dem es als abgetrenntes Erkenntniß zu der ersteren steht, nicht ändern. Es bleibt immer ein nur den abgetrennten Streitstoff erledigendes Erkenntniß, welches die Vorentscheidung zur nothwendigen Voraussetzung hat, und gleichwie es daher erst durch die Rechtskraft der ersteren die Bedeutung eines vollstreckbaren Enderkenntnisses gewinnen kann, andererseits auch mit der Beseitigung derselben die für seinen eigenen Bestand erforderliche Grundlage verliert. Im übrigen liegt klar zu Tage, daß von der in den §§ 248 und 276 C. P. O. ertheilten Ermächtigung, schon vor Eintritt der Rechtskraft der Vorentscheidung das Prozeßverfahren weiter fortzusetzen, immer nur auf die Gefahr hin Gebrauch gemacht werden kann, daß dies Verfahren hinfällig wird durch ein die Vorentscheidung endgültig abänderndes Erkenntniß. **Wenn** daher **in letzter Instanz, sei es auf Grund einer prozeßhindernden Einrede, sei es weil davon ausgegangen wird, daß bei der Vorabentscheidung über den Grund des Anspruches der letztere mit Unrecht für begründet erkannt worden, ein die Klage abweisendes Erkenntniß ergeht, so bedarf es nicht der Aufhebung und selbstfolglich auch nicht der Anfechtung des inzwischen in der Sache weiter erfolgten Erkenntnisses, welches vielmehr mit der Hinfälligkeit des vor Eintritt der Rechtskraft der Vorentscheidung eingeleiteten Verfahrens von selbst außer Kraft tritt.** Und hierin vermag auch die etwa eingetretene formelle Rechtskraft des ersteren nichts zu ändern, eben weil dessen Rechtskraftsfähigkeit nicht soweit reicht, um die Entscheidung auf gegen Zwischenurtheile eingelegte Rechtsmittel ausschließen oder wirkungslos machen zu können. **Das Rechtsmittel gegen die eine prozeßhindernde Einrede verwerfende Vorentscheidung ist sonach nicht gegenstandslos, wenn im Hauptverfahren ein Urtheil ergangen und rechtskräftig geworden ist.** Denn wie sollte es sich rechtfertigen lassen, wenn die C. P. O., welche dem Beklagten gegen Vorentscheidungen, die seine prozeßhindernde Einrede verwerfen oder den wider ihn erhobenen Anspruch dem Grunde nach anerkennen, zur weiteren Fortsetzung seiner Vertheidigung nur die Anfechtung dieser Zwischenurtheile mit den gegen Endurtheile zulässigen Rechtsmitteln offen läßt, ihm doch die Verfolgung dieses Weges so erschwert und verkümmert hätte, als dies der Fall sein würde, wenn er gegen jedes weiter in der Sache ergehende Erkenntniß, auch wenn ihm dasselbe keine Veranlassung zur Beschwerde gibt, ein Rechtsmittel einlegen, und behufs Verhinderung der Rechtskraft bis in die höchste Instanz verfolgen müßte, weil er sonst

Digitized by Google

Gefahr laufen würde, daß sein das Zwischenurtheil anfechtendes Rechtsmittel in der einen oder anderen Instanz für gegenstandslos erklärt und sogar ein in höchster Instanz erreichtes, die Klage abweisendes Erkenntniß sich als wirkungslos ausweisen könnte, indem es zurücktreten müßte gegen ein inzwischen formell rechtskräftig gewordenes erstinstanzliches Urtheil, welches im abgesonderten Verfahren auf eine Verhandlung über den Betrag des Anspruches ergangen ist, seinem Wortlaute nach aber die Verurtheilung zu einer bestimmten Summe ausspricht. Außerdem darf nicht einmal vorausgesetzt werden, daß es immer in der Willkür des Beklagten stehe, die formelle Rechtskraft einer solchen Sachentscheidung so lange zu verzögern, bis seine Anfechtung des Zwischenurtheils eine endgültige Entscheidung über die vorgeschützte prozeßhindernde Einrede oder über den von ihm bekämpften Grund des Anspruches zur Folge hat. Denn in dieser Beziehung kommen nicht nur die Vorschriften der C. P. O. in Berücksichtigung, welche die Zulässigkeit der Revision beschränken und es mit sich führen, daß die höchste Instanz für die Anfechtung der die prozeßhindernde Einrede verwerfenden Vorentscheidung offen stehen kann, während sie für die Sache selbst verschlossen ist, vgl. §§ 508 und 509 C. P. O., sondern insbesondere auch, daß die Möglichkeit keineswegs ausgeschlossen ist, daß auf das gegen ein Zwischenurtheil verfolgte Rechtsmittel in höchster Instanz zunächst nur ein ersteres aufhebendes Erkenntniß ergeht, die endgültige Entscheidung also noch für längere Zeit in der Schwebe bleibt. (R. G. 28. X. 81.) R. C. V. (121) 422—428. A. V. (17.) 85—88. (S. auch R. G. 30. IX. 85. in R. C. XV. (92.) 348).

92. **Prozeßhindernde Einreden hängen nicht selten mit der Hauptsache dergestalt zusammen, daß behufs der Entscheidung über die Einrede eine Feststellung des hauptsächlichen Streitstoffes sich nicht umgehen läßt. In dergleichen Fällen darf die Verhandlung über die Einrede zum Schaden des Klägers nicht etwa um deßwillen unterbleiben, weil damit dem Beklagten das Recht, auf Grund der Einrede die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern (§ 248 Abs. 1 C. P. O.), entzogen würde.** Die Verhandlung über die Einrede ist demungeachtet nicht als eine Verhandlung über die Hauptsache anzusehen; und das über die Einrede gefällte Urtheil entscheidet noch nicht die Hauptsache, mag immerhin die Verwerfung der Einrede schon zum voraus erkennbar machen, wie der Rechtsstreit in der Hauptsache endigen wird. (R. G. 25. I. 81.) R. C. III. (107.) 383. 384. A. III. (107.) 383. 384.

93. **Im abgesonderten Verfahren über eine prozeßhindernde Einrede kann nicht noch eine andere Einrede dieser Art geltend gemacht werden.** In diesem Verfahren kann es sich nur und allein um die Einrede, wegen deren die Trennung des Verfahrens angeordnet worden ist, handeln und muß sich deßhalb jedes Hinausgreifen über diese Einrede als ein unstatthaftes Hinausgreifen über den durch die gedachte Anordnung begrenzten Rahmen des schwebenden Inzidentstreites darstellen. (R. G. 28. X. 81.) R. C. V. (121.) 428.

94. **Daraus, daß in den Gründen eines Urtheiles die Zulässigkeit des Rechtsweges erörtert und bejaht wird, folgt keineswegs, daß ein Zwischenurtheil vorliege, gegen welches nach § 248 Abs. 2 C. P. O. die Be-**

Digitized by Google

rufung stattfindet. Ein solches Urtheil setzt vielmehr voraus, daß ein Streitpunkt entschieden, daß nämlich die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges als prozeßhindernde geltend gemacht, darüber besonders verhandelt und entschieden worden sei. Ist eine solche Einrede gar nicht vorgeschützt, so kann auch nicht über sie entschieden werden. Wenn auch das Gericht, wie ihm obliegt, von Amts wegen die Zulässigkeit des Rechtsweges geprüft und sie in den Gründen bejaht hat, so hat es doch hierüber keine der Rechtskraft fähige Entscheidung getroffen; es ist vielmehr durch die Bemerkung in den Gründen nicht gehindert, in der Folge von seiner Rechtsansicht abzugehen und die Klage als vor den bürgerlichen Gerichten unstatthaft abzuweisen. (R. C. XI. (72.) 312.) R. C. XI. (102.) 390. 391.

95. **Das Rechtsmittel gegen die, eine prozeßhindernde Einrede verwerfende oder den Klaganspruch seinem Grunde nach für gerechtfertigt erklärende Vorabentscheidung wird durch ein nachher ergangenes und rechtskräftig gewordenes Endurtheil nicht gegenstandlos.** Es ist klar, daß ein nach §§ 248 und 276 der R. C. P. O. ergangenes, eine prozeßhindernde Einrede verwerfendes bezw. den Klaganspruch an sich für begründet erklärendes Urtheil die Erledigung und Entscheidung eines wesentlichen Bestandtheiles des Prozeßstoffes enthält. Dieser antizipirte Bestandtheil der Entscheidung bildet aber eine nothwendige Voraussetzung des später ergehenden Endurtheiles, und wenn nun das Gesetz die hier fraglichen Vorabentscheidungen, obwohl sie ihrem Charakter nach nur Zwischenurtheile sind, welche an sich lediglich der Anfechtung mit dem gegen das Endurtheil zuständigen Rechtsmittel unterliegen würden, in betreff der Rechtsmittel dennoch als Endurtheile angesehen wissen will, so ergibt sich hieraus von selbst, daß ein sich an diese Vorentscheidungen anschließendes Enderkenntniß nur die Funktion haben kann, den übriggebliebenen Theil des Streitstoffes zu erledigen, und daß es der Vorentscheidung gegenüber eine selbständige materielle Bedeutung nur durch die Rechtskraft der ersteren erlangen kann, mit der Beseitigung der Vorentscheidung in höherer Instanz aber die für seinen eigenen Bestand erforderliche Grundlage verliert. Nur in diesem Sinne kann es vom Richter überhaupt verstanden und erlassen sein. Seine Fähigkeit zur Erlangung der Rechtskraft kann also bei dem Verhältnisse der beiden Urtheile zu einander nicht soweit reichen, die Einlegung der gegen das Zwischenurtheil zulässigen Rechtsmittel oder die Entscheidung auf dieselben auszuschließen oder diese Entscheidung wirkungslos zu machen. Vielmehr ist es klar, daß von der Ermächtigung zur Fortsetzung des Verfahrens schon vor Eintritt der Rechtskraft der Vorentscheidung überhaupt immer nur auf die Gefahr hin Gebrauch gemacht werden kann, daß das weitere Verfahren und die darauf ergangenen Entscheidungen durch ein die Vorentscheidung ungültig abänderndes Erkenntniß von selbst außer Kraft treten, ohne daß es der ausdrücklichen Aufhebung (und folglich auch der Anfechtung eines etwa ergangenen Endurtheiles) bedürfte. Für dieses Verhältniß des Endurtheiles zu der nach dem §§ 248. 276 C. P. O. ergangenen Vorentscheidung, nach welchem ersteres nur eine provisorische Bedeutung hat, spricht auch die Begründung, mittels welcher der Direktor im Reichskanzleramte bei der Berathung der Civilprozeßordnung in der

Digitized by Google

Reichstagskommission die Bestimmung des jetzigen § 276, daß die Vorabentscheidung über den Grund des Anspruches als Endurtheil anzusehen sei, mit Erfolg rechtfertigte, indem er hervorhob, es empfehle sich, erst eine sichere und unabänderliche Feststellung über den Grund der Klage zu gewinnen, bevor man dazu schreite, über die Größe des Anspruches zu entscheiden, wobei er mit Bezug auf die vorgesehene Möglichkeit, sogleich über den Betrag fortzuverhandeln, hinzufügte, von dieser Befugniß werde der Richter nur Gebrauch machen, wenn er nach den Umständen des Falles auf Unterlassung der Anfechtung, bezw. Bestätigung seiner Vorentscheidung durch das höhere Gericht mit Sicherheit rechnen könne. (Vgl. Hahn Materialien zur C. P. O. S. 601). **Es läßt dies erkennen, daß das Gesetz davon ausgeht, mit der Abänderung der Vorentscheidung in höherer Instanz verliere ein auf Grund der weiteren Verhandlung erlassenes Endurtheil seine Bedeutung. Ebenso ergibt sich aus der der Vorentscheidung beigelegten Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel, daß damit zugleich ein Zurückkommen des Beklagten auf die verworfene prozeßhindernde Einrede, bezw. ein weiteres Bestreiten des Grundes des Klaganspruches bei der in derselben Instanz erfolgenden Fortsetzung der Verhandlung für unzulässig erklärt wird, woraus weiter folgt, daß es auch unzulässig ist, mit einem gegen das ergangene Endurtheil eingelegten Rechtsmittel den Inhalt der Vorentscheidung anzufechten.** Es kann aber unmöglich die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, von dem Beklagten, wenn ihm das Endurtheil im übrigen keine Veranlassung zur Beschwerde gibt, nur zu dem Zwecke die Einlegung eines Rechtsmittels gegen dasselbe zu verlangen, damit nicht sein die Vorentscheidung anfechtendes Rechtsmittel für gegenstandslos erklärt, bezw. sogar ein von ihm erwirktes, die Klage abweisendes Urtheil höchster Instanz wirkungslos werde, weil dasselbe sonst gegen ein inzwischen formell rechtskräftig gewordenes, auf das weitere abgesonderte Verfahren ergangenes erstinstanzliches Urtheil zurücktreten müsse, obwohl der erste Richter über den durch die Vorentscheidung abgetrennten Theil des Prozeßstoffes gar nicht mehr entscheiden durfte, solange darüber noch in höherer Instanz entschieden werden konnte. Wäre dies die Absicht des Gesetzes gewesen, so hätte kein Grund vorgelegen, den hier fraglichen Vorentscheidungen die selbständige Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel beizulegen. Der Ansicht, daß das nachfolgende Endurtheil insofern einen Beschwerdegrund biete, als vor eingetretener Rechtskraft der Vorentscheidung ein den Beklagten verurtheilendes Erkenntniß überhaupt nicht habe ergehen dürfen, liegt die petitio principii zum Grunde, daß ein solches formell rechtskräftig gewordenes Endurtheil den ganzen Rechtsstreit und daher auch die durch die Vorentscheidung abgetrennte Streitfrage erschöpfe, obwohl die Entscheidung über diese der höheren Instanz vorbehalten ist, daß mithin die Vorabentscheidung nach den §§ 248, 276 C. P. O. nur die Bedeutung eines gewöhnlichen, nach den §§ 473, 510 daselbst nur mittels der Berufung resp. Revision gegen das nachfolgende Endurtheil unterliegenden Zwischenurtheiles habe, während es sich hier um die dem obigen zufolge zu bejahende Frage handelt, ob nicht in diesen Fällen das Endurtheil, weil es die, der selbständigen Anfechtung unterliegende Vorentscheidung zur nothwendigen Voraussetzung hat und erst durch ihre Rechtskraft eine

Digitized by Google

weiterreichende Bedeutung erhält, nur dahin verstanden werden kann, daß es vorläufig nur der formellen Rechtskraft fähig ist und erst durch die Rechtskraft auch der Vorentscheidung die Bedeutung eines auch materiell rechtskräftigen und vollstreckbaren Endurtheiles gewinnt, mit der Beseitigung der Vorentscheidung aber von selbst seine Grundlage verliert. Mit Recht ist auch schon in der erwähnten Entscheidung des III. Civilsenates Bd. V. S. 422 darauf hingewiesen, daß nach den Bestimmungen in den §§ 508, 509 C. P. O. dem Beklagten für die Anfechtung der Vorentscheidung auch die höchste Instanz offen stehen, für die Entscheidung in der Hauptsache resp. über den Betrag des Anspruches aber ausgeschlossen sein kann, und daß es gar nicht immer in der Willkür des Beklagten steht, die formelle Rechtskraft der Sachentscheidung solange zu verzögern, bis auf seine Anfechtung der Vorentscheidung ein endgültiges Urtheil ergangen ist. Ob auch das ergangene Enderkenntniß mit einem Rechtsmittel angefochten ist oder nicht, kann daher füglich vom Gesetzgeber als erheblich für die Anfechtbarkeit der Vorentscheidung nicht angesehen sein. Uebrigens hat auch schon der II. Civilsenat des Reichsgerichtes in der Bd. 5, S. 392 ff. abgedruckten Entscheidung den gegen die Revision wider ein Berufungsurtheil, durch welches eine nach § 248 C. P. O. ergangene Entscheidung bestätigt war, erhobenen Einwand, daß inzwischen in der Sache ein Endurtheil ergangen, zugestellt und mit der Revision nicht angegriffen, sondern vielmehr vollstreckt worden sei, für unerheblich erklärt, da der Beklagte schon des Kostenpunktes wegen ein genügendes Interesse habe, von dem ihm nach § 248 C. P. O. zustehenden Rechtsmittel Gebrauch zu machen. Die für die entgegengesetzte Ansicht geltend gemachten Gründe können für durchschlagend nicht erachtet werden. Zwar konzentrirt sich nach dem Prinzipe der Civilprozeßordnung in der Regel der ganze Streitstoff in der mündlichen Verhandlung ohne bestimmte stofflich gesonderte Abschnitte des Verfahrens und erscheint daher bei der Einheitlichkeit dieser Verhandlung im Falle einer Unterbrechung derselben in der Regel nur das in der der Urtheilsfällung unmittelbar vorhergehenden Verhandlung Vorgebrachte als der vom Richter zu berücksichtigende und maßgebende Streitstoff. Allein von dieser Regel statuiren die §§ 248, 276 C. P. O. augenscheinlich eine Ausnahme, da ihren Bestimmungen gegenüber offenbar der Grundsatz, daß auch bei der Fortsetzung der Verhandlung wieder der ganze Streitstoff vorgebracht werden müsse, als ausgeschlossen angesehen werden muß, indem der Beklagte gesetzlich verhindert ist, die bereits verworfene prozeßhindernde Einrede resp. Bestreitung des Grundes der Klage fernerhin in derselben Instanz geltend zu machen. Zwar ist durch ein nach den §§ 248, 276 C. P. O. erlassenes Zwischenurtheil der Anspruch des Klägers quantitativ auch noch nicht theilweise erledigt, und es ist in § 312 C. P. O. bestimmt, daß die Vorschriften über das Versäumnißurtheil auch auf das Verfahren, welches die Bestimmung des Betrages eines dem Grunde nach bereits festgestellten Anspruches zum Gegenstande hat, „entsprechende" Anwendung finden; aber der in der Begründung des mit § 312 C. P. O. gleichlautenden § 302 des Entwurfes (vgl. Hahn, Materialien S. 299) aufgestellte Satz, in Wirklichkeit bilde den Gegenstand der Verhandlung noch immer die ganze Sache, erscheint nur

Digitized by Google

unter der Voraussetzung als richtig, daß das mittels selbständigen Rechtsmittels anfechtbare Zwischenurtheil rechtskräftig wird oder in höherer Instanz endgültig bei Bestand bleibt. In ähnlicher Weise ist, wie auch schon in Bd. 6 S. 336 der Entsch. des Reichsgerichts in Civils. hervorgehoben ist, auch die in den Motiven (vgl. Hahn a. a. O. S. 297) enthaltene Definition der Endurtheile dahin, daß sie ganz oder theilweise über den Klagantrag als solchen entscheiden und somit der Rechtsstreit selbst erledigt wird, keine genaue oder erschöpfende. Ferner beruht die Argumentation, daß die Rechtskraft des Endurtheiles die Elemente der betreffenden prozeßhindernden Einrede respektive des Grundes der Klage, da die Savigny'sche Theorie der Rechtskraft der sog. Elemente des Urtheiles durch § 293 C. P. O. reprobirt sei, beseitige, daß daher der durch das Zwischenurtheil erledigte Vorstreit ein rein theoretischer sein würde, vielmehr das Endurtheil als das allein maßgebende vom Beklagten angegriffen werden müsse, und daß die Vorabentscheidungen nach der Civilprozeßordnung dem Endurtheile systematisch untergeordnet seien, auf der Verkennung der Thatsache, daß dieses Gesetz durch die in betreff der Rechtsmittel vorgenommene Gleichstellung der nach den §§ 248. 276 C. P. O. erlassenen Urtheile mit den Endurtheilen dieses System bewußtermaßen durchbrochen hat, daß es also als petitio principii erscheint, daß die dem Beklagten gestattete Anfechtung der Vorentscheidung durch Anrufung einer höheren Instanz resp. das von dieser zu erlassende oder bereits ergangene, die Vorentscheidung aufhebende Erkenntniß ihre Bedeutung verlieren resp. zurücktreten müssen gegenüber einem in erster Instanz nachträglich ergangenen Endurtheile. An sich erscheint es vielmehr als das allein natürliche, daß bei dem engen und unauflöslichen Zusammenhange des Endurtheiles mit dem Zwischenurtheile, wenn ausnahmsweise das letztere einer selbständigen Anfechtung durch Rechtsmittel unterworfen ist, ersterem nur unter der Voraussetzung eine Bedeutung beiwohnen kann, daß die Entscheidung letzter Instanz in betreff des durch das Zwischenurtheil erledigten Theiles des Streitstoffes nicht mit der im Endurtheile getroffenen Entscheidung in Widerspruch steht, daß das Gesetz also die Wirksamkeit des Endurtheiles, ohne dies auszusprechen, als bis zur Rechtskraft der Vorentscheidung suspendirt und mit der endgültigen Beseitigung der letzteren in höherer Instanz das Endurtheil als hinfällig betrachtet, nicht aber umgekehrt eine Anfechtung auch des Endurtheiles nur zu demjenigen Zwecke verlangen kann, zu dessen Erreichung es bereits das Zwischenurtheil für anfechtbar erklärt hat. Dies ist auch offenbar der Standpunkt, von welchem aus der § 276 C. P. O. durch den Regierungsvertreter in der schon erwähnten Weise gerechtfertigt ist. Daß die §§ 248. 276 C. P. O. weder über die Suspendirung des Endurtheiles bis zur Rechtskraft der ergangenen Vorentscheidung eine ausdrückliche Bestimmung enthalten, noch vorschreiben, daß ein Endurtheil in solchen Fällen nur bedingt — d. h. unter dem Vorbehalte der Rechtskraft der Vorentscheidung — zu erlassen sei, obwohl doch die Möglichkeit, daß der Rechtsstreit in mehreren Instanzen zugleich anhängig werde, und eine Divergenz zwischen deren Urtheilen vorauszusehen war, ist unter diesen Umständen unerheblich, und auch aus den Bestimmungen der §§ 502. 503. 563 C. P. O. läßt sich das Gegentheil nicht entnehmen, da

Digitized by Google

hier das argumentum e contrario sehr bedenklich sein würde. Das Argument, daß nach der Civilprozeßordnung die Rechtskraft eines Urtheiles nur davon abhänge, ob gegen dieses Urtheil ein Rechtsmittel eingelegt ist, kann zu Gunsten der Beseitigung der Anfechtbarkeit der Vorentscheidung durch das nicht angefochtene Endurtheil nicht verwendet werden, da das Gleiche auch bei den nach den §§ 248. 276 C. P. O. erlassenen Urtheilen zutreffen würde. Ebenso unerheblich ist es, daß nur wirkliche Endurtheile, nicht aber auch Zwischenurtheile der hier fraglichen Art der materiellen Rechtskraft und Vollstreckbarkeit fähig sind. Auch der Einwand, daß die §§ 644 ff. C. P. O. in Ansehung der Zwangsvollstreckung die Attestirung der Rechtskraft der Endurtheile in der Hand des Gerichtsschreibers als einen bloßen Formalakt legen, und daß der Gerichtsschreiber, welchem nur das Endurtheil, die Zustellungsurkunde und das Nothfristattest vorgelegt zu werden brauche, von dem ganzen Vorstreite und dessen Entscheidung möglicherweise nichts erfahre, falls das Urtheil dessen nicht selbst Erwähnung thut, rechtfertigt nicht die Ansicht, daß das Gesetz eine Suspension der Wirksamkeit des Endurtheiles bis zur Rechtskraft der Vorentscheidung nicht gewollt haben könne, weil dies sonst nothwendig bei den Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung ausdrücklich hätte ausgesprochen werden müssen. Man kann vielmehr höchstens sagen, daß es zweckmäßig gewesen sein würde, wenn letzteres unter Hinzufügung näherer Vorschriften für den prüfenden Gerichtsschreiber geschehen wäre. Aber auch ohnedies genügen die Vorschriften der Civilprozeßordnung, um in den hier fraglichen Fällen die Zwangsvollstreckung aus Endurtheilen zu verhindern, bis sie durch die Rechtskraft der Vorentscheidung materiell rechtskräftig geworden sind und Vollstreckbarkeit erlangt haben. Denn zur vollständigen Darstellung des Sach- und Streitstandes in dem Thatbestande des Endurtheiles gehört auch die Erwähnung der bereits erfolgten Vorentscheidung, und es ist daher angesichts der Vorschrift des § 284 Ziff. 3 C. P. O. anzunehmen, daß der Gerichtsschreiber schon durch das Endurtheil selbst von der ergangenen Vorentscheidung Kunde erhält und deßhalb vor Eintritt der Rechtskraft, resp. der endgültigen Bestätigung der letzteren die (zur Zwangsvollstreckung nach § 662 C. P. O. erforderliche) vollstreckbare Ausfertigung des Urtheiles nicht ertheilen wird. Geschieht dies aber dennoch, so würde es dem Beklagten freistehen, die Unzulässigkeit der Vollstreckungsklausel auf dem in § 688 C. P. O. vorgesehenen Wege bei dem Gerichte geltend zu machen, und bei einer seine Einwendung verwerfenden Entscheidung des Gerichtes würde ihm noch der Weg der Klage nach § 687 C. P. O. offenstehen. Ferner ist es für die vorliegende Frage auch unerheblich, daß das Institut der Rechtskraft durch die Civilprozeßordnung insofern den Parteien anvertraut ist, als die Zustellung der Urtheile, deren Zeitpunkt für die Frist zur Einlegung der Berufung und Revision maßgebend ist, nicht von Amts wegen, sondern auf Betreiben der Parteien erfolgt. Denn gegen die Verschleppung der Sache durch Unterlassung der Zustellung seitens des Beklagten ist der Kläger durch die Befugniß geschützt, die Zustellung seinerseits zu bewirken. Für das vom Gesetzgeber gewollte Verhältniß des ergangenen Endurtheiles zu der nach den §§ 248. 276 C. P. O. erlassenen Vorentscheidung kann daher dieser Umstand nicht

Digitized by Google

maßgebend gewesen sein. Richtig ist es allerdings, daß bei der vertheidigten Ansicht das Endurtheil durch ein die Vorentscheidung defi abänderndes Urtheil der höheren Instanz aufgehoben wird, ohne daß in dem letzteren ausgesprochen zu werden braucht, ja ohne daß viell das dieses letztere Urtheil erlassende Gericht von der Existenz dieses urtheiles auch nur Kenntniß hatte. Allein diese, auf dem gesetzl Instanzenzuge beruhende Folge muß eben als eine vom Gesetzg gewollte angesehen werden, da dieser dem Beklagten die Anfechtung Vorentscheidung gleich der eines Endurtheiles gestattet hat. Die ge Anomalität derselben kann daher nicht in Betracht kommen. (Vgl. Litteratur dieser Streitfrage: Gaupp, Kommentar zu § 248 C. P. Wach, Vorträge S. 98; Struckmann und Koch (4. Aufl.) 2—4 zu § 248 und Anm. 1—4 zu § 276; Seuffert, Komm (2. Aufl.) Anm. 3 und 4 zu § 248 und Anm. 2 und 3 zu § Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes Jahrg. 25 S. 85 (v. Bülow) und S. 858 f. (Hönemann) sowie Jahrg. 27 S. (Oppenheim) und S. 476 und 477; Kirchenheim, Centralblatt Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 261 und v. Wilmowsky und Le Kommentar (4. Aufl.) Anm. 5 zu § 248 und Anm. 4 zu § 276. (R. G. 30. IX. 85.) R. C. XV. (92.) 348—357.

96. **Ein Zwischenurtheil, durch welches eine prozeßhindernde Ei verworfen wird, kann nicht bloß in dem im ersten Abs. des § 248 C O. bezeichneten Falle, wenn besonders über diese Einrede verhandelt w ist, sondern auch nach Maßgabe des § 275 C. P. O. erlassen werde dem diese letztere Vorschrift nicht auf materielle Rechtsbehelfe zu beschr ist.** (Vgl. u. a. gegen Wach, Vorträge S. 88 und Handbuch S. Wilmowsky und Levy zu § 137 4. Aufl. S. 204). Dagege **die Bestimmung im zweiten Absatze des § 248, wonach das Urtheil, welches die prozeßhindernde Einrede verworfen wird, in betreff der R mittel als Endurtheil anzusehen ist, nicht auf ein solches gemäß des a. a. O. erlassenes Zischenurtheil auszudehnen.** Die Zulassung Rechtsmittels gegen ein Zwischenurtheil stellt sich nämlich als eine nahme von der Regel (§§ 472. 507 C. P. O.) dar, wonach die R mittel nur gegen Endurtheile statthaft sind; die Ausnahme, um n es sich hier handelt, ist nun aber im Gesetze nicht allgemein und selbst aufgestellt, sondern nur im Anschlusse an die Bestimmung darüber, welcher Voraussetzung über prozeßhindernde Einrede besonders zu handeln und durch Urtheil zu entscheiden sei; daraus folgt, **unter dem Urtheile, welches nach dem zweiten Absatze in betreff der R mittel als Endurtheil angesehen werden soll, nur dasjenige gemeint** kann, **von welchem der erste Absatz handelt, daß also die Ausnah stimmung dieses Absatzes auf den Fall zu beschränken ist, wenn die Vo setzung des ersten Absatzes vorliegt.** Auch der Schluß des zweiten Abs wonach, des eingelegten Rechtsmittels ungeachtet, das Gericht auf trag anordnen kann, daß zur Hauptsache zu verhandeln sei, erkennen, daß ein Urtheil vorausgesetzt werde, welches ohne Ver lung zur Hauptsache erlassen worden, daß also der zweite Absatz als eine weitere Bestimmung hinsichtlich des im ersten erwähnten Urth aufzufassen ist. — Sollten aber Zusammenhang und Fassung des Ge

Digitized by Google

nicht ausreichen, um jedes Bedenken gegen diese Auslegung zu beseitigen, so wird sie außerdem noch durch die Vorarbeiten zu dem Gesetze gerechtfertigt. Die hannover'schen Entwürfe (erste Lesung § 245, zweite und dritte Lesung § 244) bestimmten ausdrücklich, daß gegen ein über eine prozeßhindernde Einrede „nach abgesonderter Verhandlung" ergangenes Urtheil die selbständige Berufung auch dann stattfinden solle, wenn dasselbe kein Endurtheil sei. Gegen diese Zulassung der Berufung wurden Bedenken ausgesprochen, hiergegen ist aber Prot. S. 3546) bemerkt worden: „Gegen die eine prozeßhindernde Einrede verwerfende Verfügung solle nach den gestellten Anträgen nicht immer die selbständige Berufung stattfinden, sondern nur dann, wenn die Verfügung auf abgesonderte Verhandlung über die prozeßhindernde Einrede ergangen sei". Der § 414 des norddeutschen Entwurfes lautet: „Wird im Falle der abgesonderten Verhandlung die prozeßhindernde Einrede durch Urtheil verworfen, so bleibt bis zur Rechtskraft desselben das Verfahren ausgesetzt", und der § 768 desselben Entwurfs stellt in Ziff. 3 den Endurtheilen rücksichtlich der Berufung gleich: „die den Rechtsstreit nicht vollständig erledigenden Urtheile, bis zu deren Rechtskraft das weitere Verfahren in Gemäßheit der Bestimmungen der §§ 414. 423 auszusetzen ist". Diesen Entwürfen sind nun allerdings Zwischenurtheile im Sinne des § 275 a. a. O. (abgesehen von der hier nicht erheblichen Bestimmung in § 250 des zweiten hannoverschen Entwurfes) fremd, und erst in den Entwürfen der deutschen Civilprozeßordnung (vgl. § 260 des Entwurfes von 1872) kommen dieselben vor. Da nun in diesen Entwürfen (1871 § 226; 1872 § 234) in die dem jetzigen § 248 C. P. O. entsprechenden Bestimmungen die ausdrückliche Beschränkung auf den Fall abgesonderter Verhandlung nicht aufgenommen ist, so entsteht die Frage, ob diese Weglassung darauf beruhe, daß der Gesetzgeber eine Ausdehnung den früheren Entwürfen gegenüber gewollt habe, oder darauf, daß die ausdrückliche Hervorhebung der Beschränkung für überflüssig erachtet wurde, weil sie sich aus dem Zusammenhange der beiden Absätze und aus allgemeinen Grundsätzen von selbst ergebe. Für diese letztere Annahme sprechen die Motive, insbesondere diejenigen zum Entwurfe von 1872. In diesen wird nämlich (S. 381) bemerkt, daß, entsprechend dem preußischen Rechte (Allgemeine Gerichtsordnung I. 10 §§ 60 f., I. 13 § 43; Verordn. vom 21. Juli 1846 § 5), dem preußischen Entwurfe § 594 Nr. 3, 4, dem norddeutschen Entwurfe § 768 Nr. 3, die Urtheile über prozeßhindernde Einreden den Endurtheilen gleichgestellt seien. Alle diese Gesetze, auf welche Bezug genommen ist, setzen aber für die Statthaftigkeit der Berufung voraus, daß vor Einlassung auf die Hauptsache verhandelt worden sei. So die Allgemeine Gerichtsordnung I. 10 §§ 68. 72 und der preußische Entwurf von 1864 § 594 Ziff. 4: „Das Urtheil, durch welches vor Einlassung des Beklagten auf die Hauptsache eine prozeßhindernde Einrede verworfen worden ist". Diese Motive heben ferner hervor, daß die Anfechtbarkeit auch dadurch nicht ausgeschlossen werde, daß das Gericht auf Antrag anordne, daß zur Hauptsache in erster Instanz weiter verhandelt werde. Diese Erläuterung wäre aber entweder überflüssig oder unvollständig, wenn als selbstverständlich zu unterstellen wäre, daß die Berufung ohne

Digitized by Google

Rücksicht auf eine bereits stattgehabte Verhandlung zur Hauptsache statthaft sein solle. (R. G. 29. I. 86.) R. C. XV. (110.) 398—401.

97. **Das Urtheil, welches die als prozeßhindernd vorgeschützte, aber nur aus dem Abschlusse eines Schiedsvertrages hergeleitete Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges verwirft, ist gemäß § 248 Abs. 2 C. P. O. in betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen.** Die erhobene Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges kann, mag ihre Grundlosigkeit auch offenbar sein, nur durch Urtheil erledigt werden, und wenn eine prozeßhindernde Einrede erhoben ist, so muß die über dieselbe getroffene besondere Entscheidung gemäß § 248 Abs. 2 a. a. O. im Wege eines Urtheiles ergehen, welches obwohl nur ein Zwischenurtheil, in betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen ist. (R. G. 1. VI. 86.) R. C. XVI. (77.) 335. 336.

98. **Wirkung des in der Hauptsache ergehenden Versäumnißurtheils auf ein vorangegangenes mit Berufung angefochtenes Zwischenurtheil über eine prozeßhindernde Einrede.** Nach § 248 der C. P. O. ist eine Berufung gegen ein Zwischenurtheil an sich zulässig. Dieselbe wird aber durch das hinterher in der Hauptsache ergangene rechtskräftige Versäumnißurtheil gegenstandslos. Es ist das eine Folge, welche sich aus den Grundsätzen der C. P. O. über die Struktur des Verfahrens und die mündliche Verhandlung sowie aus deren Vorschriften über das Versäumnißurtheil ergibt. Nach den Prinzipien der C. P. O., welche eine Gliederung des Verfahrens in bestimmte stofflich gesonderte Abschnitte nicht kennt, konzentrirt sich der ganze Streitstoff in der mündlichen Verhandlung, die, wenn sie auch im Lauf der Instanz über mehrere Termine sich erstreckt, als ein einheitlicher Akt anzusehen ist. Wenn sonach eine bestimmte mündliche Verhandlung aus irgend einem Grunde, z. B. durch den Erlaß eines Zwischenurtheils, die Anordnung einer Beweisaufnahme u. s. w., eine Unterbrechung erlitten hat, so muß grundsätzlich in der fortgesetzten Verhandlung der ganze Streitstoff vorgebracht werden, und es stellt sich diejenige mündliche Verhandlung, welche der Urtheilsfällung unmittelbar vorausgeht, als die entscheidende dar, so daß von dem erkennenden Richter nur dasjenige, was in derselben von den Parteien geltend gemacht ist, in Betracht gezogen werden darf. Erscheint nun der Beklagte bei dieser Verhandlung nicht, so treten die Versäumnißfolgen der §§ 295 bis 297 ein, wie wenn sein Ausbleiben in dem ersten Verhandlungstermin erfolgt wäre, und es ergeht gegen ihn in der Sache ein Versäumnißurtheil. Das hat denn zur Folge, daß der Inhalt der bisherigen Verhandlungen, namentlich auch soweit er der säumigen Partei zum Vortheil gereicht, z. B. Geständnisse, Ergebnisse einer Beweisaufnahme, als nicht existent angesehen wird, daß ferner Zwischenurtheile, auch die auf Grund der §§ 248 und 276 erlassenen, ihre Bedeutung verlieren. Das Correktiv bildet hier der Rechtsbehelf des Einspruchs, der, ohne an irgend welche materielle Voraussetzungen geknüpft zu sein, durch seine der gesetzlichen Vorschrift gemäß erfolgte Einlegung den Prozeß in die Lage zurückversetzt, in welcher sich derselbe vor Eintritt der Versäumniß befand (§ 307). Damit lebt denn der frühere Prozeßinhalt wieder auf, Zwischenurtheile, Urtheile über prozeßhindernde Einreden und so weiter treten wieder in Kraft (Motive S. 235) und es wird

Digitized by Google

die Verhandlung der Sache fortgesetzt, als wenn das Versäumnißurtheil nicht ergangen wäre. Erfolgt aber kein Einspruch, so erlangen die Versäumnißfolgen definitive Wirkung und das Versäumnißurtheil geht in Rechtskraft über. Daraus erweist sich nun, wie das angegriffene Urtheil zutreffend annimmt, daß durch die Nichterhebung des Einspruchs auch die Verfolgung eines gegen das Zwischenurtheil eingelegten Rechtmittels gegenstandslos wird, da dasselbe dem rechtskräftigen Versäumnißurtheil gegenüber zu einem Erfolg in der Sache nicht mehr führen kann, und daß aus gleichem Grunde fernerhin die Einlegung eines solchen Rechtsmittels als wirkungslos sich darstellt. (Vgl. Struckmann u. Koch Komm. zu § 297; Wilmowsky u. Levy 3. Ausg. S. 411; Gaupp zu § 248 Nr III; von Bülow zu § 297; Petersen, 2. Ausg. S. 501/2; Seuffert zu § 297 Nr. 2). Die vorstehend entwickelten Grundsätze über die Folgen der Versäumniß finden allerdings nur insoweit Anwendung, als nicht im gegebenen Fall bereits durch bedingtes Endurtheil über den Anspruch entschieden oder ein Theilurtheil in der Sache erlassen ist, da bezüglich des durch letzteres ausgeschiedenen Prozeßstoffs eine Versäumniß nicht mehr stattfinden kann. Das gilt indeß nicht auch für ein Zwischenurtheil der vorliegenden Art, da letzteres nur einen antizipirten Bestandtheil der Endentscheidung enthält, nicht aber, auch nur für einen Theil des streitigen Anspruchs, die Instanz abschließt. Hiernach kann die Frage dahingestellt bleiben, ob, wenn in einem Fall der vorliegenden Art ein kontradiktorisches Enderkenntniß ergangen wäre, mit der Entscheidung des R. G. Bd. 5 S. 422 ff. angenommen werden müsse, daß, falls das frühere, eine prozeßhindernde Einrede verwerfende Zwischenurtheil demnächst rechtskräftig aufgehoben würde, mit der Hinfälligkeit dieser seiner Grundlage das Enderkenntniß von selbst außer Kraft trete. Urtheil des Reichsgerichts vom 13. Jan. 1885. R. A. 1885 beſ. Beil. 3 S. 126 ff. u. S. A. XLI. bezw. XI. (68.) 104. 105.

99. Bezüglich der **in Folge der Zurückweisung der prozeßhindernden Einrede erwachsenen Kosten.** (R. G. 4. II. 85.) S. hierüber bei § 87 ad R. C. XIII. (113.) 413. 414.

Gebührenordnung für Rechtsanwälte.

100. **Der § 20 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte v. 7. Juli 1879 ist dahin auszulegen, daß nicht bloß die Prozeß- und Verhandlungsgebühr in einem Prozesse, in dem nur über die Einrede der Unzuständigkeit verhandelt wird, sondern auch die weiteren Gebühren** (Beweis- und Schlußverhandlungsgebühr: §§ 13, 4 u. 17.) **dem Anwalt nur zu fünf Zehntel zustehen.** (R. G. 29. III. 83.) A. VII. (157.) 495. 496.

§ 249. **§ 249.**

Wird die Unzuständigkeit des Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte ausgesprochen, so ist zugleich auf Antrag des Klägers der Rechtsstreit an ein bestimmtes Amtsgericht des Bezirks zu verweisen.

Ist das Urtheil rechtskräftig, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Amtsgerichte anhängig.

§ 465.

Digitized by Google

2. Verhandlung zur Hauptſache.

§ 250.

§ 250.

Nach Erledigung der prozeßhindernden Einreden kann das Gericht in Pro
welche die Richtigkeit einer Rechnung, eine Vermögensauseinanderſetzung oder ä
Verhältniſſe zum Gegenſtande haben, unter Vertagung der mündlichen Verhan
ein vorbereitendes Verfahren anordnen.

§§ 313—319.

a. Verfahren vor der Beweisaufnahme. Angriffs- und Vertheidigungsmittel.

§ 251.

§ 251.

Angriffs- und Vertheidigungsmittel (Einreden, Widerklage, Repliken u.
können bis zum Schluſſe derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das
ergeht, geltend gemacht werden.

Das Gericht kann, wenn durch das nachträgliche Vorbringen eines An
oder Vertheidigungsmittels die Erledigung des Rechtsſtreits verzögert wird, der
genden Partei, welche nach freier richterlicher Ueberzeugung im Stande war, da
griffs- oder Vertheidigungsmittel zeitiger geltend zu machen, die Prozeßkoſten gan
theilweiſe auferlegen.

§§ 253, 256. Ger. K. G. § 48.

1. Die gemeinrechtliche **exceptio praejudicii** findet nach
Reichscivilprozeßordnung nicht mehr ſtatt. (Vgl. Wetzell, Civilpr
3. Ausg. S. 872 Note 65 a.) (R. G. 25. VI. 81.) R. C. V. (101.)

2. Nach der Regel des § 251 können alle Angriffs- und Ver
digungsmittel, **ſoweit ſie nicht eine unzuläſſige Klageänderung enthalten
betreffen,** noch bis zum Schluſſe derjenigen mündlichen Verhandlung,
welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden. (R. G. 13. II.
R. G. VIII. (41.) 163.

3. **Verſchiedenartigkeit der Rechtsvertheidigung eines Beklagten.**
gabe des Gerichts iſt es, ſelbſtſtändig und unabhängig von den
führungen der Parteivertreter zu prüfen und zu beurtheilen, ob di
machten Behauptungen den daran geknüpften Antrag nach Maß
geltender Rechtſätze als begründet erſcheinen laſſen. Wegen dieſer
ſtändigkeit der Gerichte in Anſehung der rechtlichen Beurtheilung
ſogar die ausdrückliche Bezeichnung des Rechtsgrundes für das G
nicht bindend und daher auch eine falſche Bezeichnung deſſelben rec
nicht ſchädlich. — vgl. Fitting, der Reichscivilprozeß, IV. Aufl. S.
Anm. 6. — Ebenſowenig kann es aber auch dem Beklagten ſchaden,
ſeine Vertheidigung in erſter Linie den Klagantrag von dem Geſ
punkte aus bekämpfte, daß derſelbe durch das in der Klage ſelbſ
hauptete urſprüngliche Vertragsverhältniß rechtlich nicht begründet erſch
Denn nach den Grundſätzen der Civilprozeßordnung iſt es dem Bekl
unverwehrt, ſeine Vertheidigung gegen einen erhobenen Anſpruch
verſchiedenem Wege zu verſuchen, er iſt nur inſoweit gebunden, a
gemäß § 251 der Civilprozeßordnung alle ihm zu Gebote ſtehenden
theidigungsmittel, wenn ſie Berückſichtigung beanſpruchen ſollen, bis
Schluſſe derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urthei
geht, geltend machen muß. Zur Vertheidigung gegen den Angriff
der Angegriffene ſich nun wenden 1) gegen den Rechtsgrund des

Digitized by Google

griffs durch rechtliche Gegenausführung — d. h. — wie Fitting a. a. O. weiter richtig ausführt — durch die Darlegung, daß der gestellte Antrag selbst unter der Voraussetzung der Wahrheit des behaupteten thatsächlichen Grundes im Rechte nicht begründet sei, 2) gegen den thatsächlichen Grund desselben durch Bestreitung der thatsächlichen Behauptungen, oder endlich 3) durch Aufstellung solcher thasächlicher Behauptungen, welche rechtlich im gegebenen Falle den erhobenen Anspruch beseitigen. Urtheil des obersten L. G. für Bayern v. 5. Febr. 1886. S. XI. (119.) 327 f.

4. **Unzulässigkeit der Erhebung einer Widerklage nach Erlassung eines Theilurtheils.** Nach § 251 können Angriffs- und Vertheidigungsmittel nur bis zum Schluß derjenigen Verhandlung vorgebracht werden, auf welche das Urtheil erfolgt, und ist unter Urtheil diesfalls ein Endurtheil, wie auch ein Theilurtheil, zu verstehen. Die ratio dieser Gesetzesbestimmung ist die, das Vorbringen von Rechtsbehelfen, welche sich auf den Prozeßstoff beziehen, der durch ein Urtheil bereits seine Würdigung und bezw. Erledigung gefunden hat, bei dem Gericht, welches das betreffende Urtheil erlassen hat, nicht mehr zuzulassen und Prozeßverschleppungen zu vermeiden. Diese ratio trifft bei allen Urtheilen zu; auch das Theilurtheil bindet das Gericht wie die Parteien und schneidet das Vorbringen von Rechtsbehelfen, die sich auf demselben im betreffenden Urtheil bereits behandelten Prozeßstoff beziehen, ab (vgl. Seuffert Komm. § 251 Nr. 4). Urtheil des obersten L. G. für Bayern v. 27. Okt. 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 147 S. 216. 217.

5. **Den Parteien steht nach den Vorschriften der C. P. O. ein Recht, zum Zweck der Nachholung eines versäumten Vorbringens die Wiedereröffnung einer geschlossenen mündlichen Verhandlung zu beantragen, nicht zu.** Nach den §§ 251, 256, 208 der C. P. O. sind die Parteien mit allen bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, nicht vorgebrachten Angriffs- und Vertheidigungsmitteln, Beweismitteln und Beweiseinreden ausgeschlossen, und eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist hiergegen nicht statthaft. Ist die mündliche Verhandlung behufs der Berathung und Verkündung des abzugebenden Urtheils geschlossen worden, so kann eine Wiedereröffnung der Verhandlung vor Verkündung des Urtheils nur durch einen von Amts wegen gefaßten Gerichtsbeschluß (§ 142 der C. P. O.) angeordnet werden. Urtheil des Reichsgerichts v. 15. Jan. 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (231). 362.

6. **Die Bestimmungen der §§ 33, 251 der C. P. O. kommen gegenüber der Bestimmung des § 26** (jets. §§ 24, 25) **des Lübeckischen Gesetzes vom 21. Mai 1870 nicht zur Anwendung.** (Einführungsgesetz zur C. P. O. § 15 Abs. 2). (R. G. 16. V. 85.) U. u. A. II. (195.) 423.

7. **Kostenvorschuß des Widerklägers, auch wenn Widerklage und Klage denselben Gegenstand betreffen; Behandlung des Kostenvorschusses.** Die Widerklage ist ein selbständiger, zur Erstreitung eines Anspruchs dienender Rechtsbehelf. Der Verlauf der Verhandlung über die Widerklage ist von der Durchführung des Klaganspruchs selbst dann nicht abhängig, wenn der beiderseitige Streitstoff die gleiche rechtliche Beurtheilung erheischt. Namentlich kann auch bei vorliegender Identität des Streitgegenstandes der Klaganspruch ohne Weiteres und ohne vorgängige münd-

Digitized by Google

liche Verhandlung seine Erledigung finden, während über die Wide
verhandelt und entschieden werden muß. Diese Eventualität ma
Gesetzgeber bestimmt haben, in jedem Fall darauf hinzuwirken, d
Staatskasse auch wegen der aus Anlaß der Anträge des Widerk
zu erwartenden Kosten durch einen Vorschuß entsprechende Deckung e
Darüber, wann der Vorschuß des Widerklägers einzufordern sei, ist i
G. K. G. eine Bestimmung nicht getroffen worden. Es ist dami
bis zur Erhebung der Widerklage im Verhandlungstermin Abst
nehmen, sondern es ist der Vorschuß alsbald nach dem Eingan
die Widerklage ankündigenden Schriftsatzes beim Prozeßgericht und
die Festsetzung des Werthes des Streitgegenstandes stattgefunde
zu buchen und vom Widerkläger einzuziehen. Unterbleibt dann bi
Schluß der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil
die Erhebung der Widerklage (§ 251 der C. P. O.), so ist der
schuß zurückzugeben. Beschluß des O. L. G. zu Dresden, v. 7
1885. Annalen des O. L. G. zu Dresden Bd. 7 S. 469 ff.
Bd. 42 bezw. 12 Nr. 66 S. 95. 96.

§ 252.

§ 252.

Vertheidigungsmittel, welche von dem Beklagten nachträglich vorgebracht
können auf Antrag zurückgewiesen werden, wenn durch deren Zulassung die Erl
des Rechtsstreits verzögert werden würde, und das Gericht die Ueberzeugung g
daß der Beklagte in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grobe
lässigkeit die Vertheidigungsmittel nicht früher vorgebracht hat.

§§ 339, 398, 502, 583.

Inzidentfeststellungs-Klage bezw. Widerklage (P
dizialinzidentklage u. Präjudizialinzidentwiderkl

§ 253.

§ 253.

Bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das
ergeht, kann der Kläger durch Erweiterung des Klagantrags, der Beklagte du
hebung einer Widerklage beantragen, daß ein im Laufe des Prozesses streitig g
nes Rechtsverhältniß, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidu
Rechtsstreits ganz oder zum Theile abhängt, durch richterliche Entscheidung fe
werde.

§ 467. G. V. G. § 105.

1. Die Inzidentklagen des § 253 können nur gerichtet
auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, von dessen Bestehen
Nichtbestehen die Entscheidung der Hauptsache abhängi
Dieselben können also nur gerichtet werden auf die Abgabe einer
scheidung, welche, da sie für die Entscheidung des Hauptprozesses
judiziell ist, auch ohne die Inzidentklage schon durch die Ver
lung der Hauptsache erfordert, jedoch, bei der Bestimmung des §
über den Umfang der Rechtskraft der Urtheile an sich und ohn
Inzidentklage der Rechtskraft nicht fähig sein würde. **Der Zwe
Inzidentklage ist demnach nur darauf gerichtet, daß die schon an
erforderliche Entscheidung in der Form eines der Rechtsk
fähigen Urtheiles abgegeben werde. Daraus folgt aber, daß die
das Bestehen oder das Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses abzug
Entscheidung für die Hauptklage und für die Inzidentklage, sowe
Antrag der letzteren reicht, eine identische sein muß und demnach nu**

Digitized by Google

Grund desselben thatsächlichen Materiales ergehen kann. (R. G. 13. IV. 83.) R. C. IX. (98.) 343.

2. **Der § 253 der R. C. P. O. kann auf solche Rechtsverhältnisse nicht bezogen werden, für welche der Rechtsweg überhaupt nicht offensteht.** Zwar ist es den Gerichten nicht unbenommen, bei Entscheidungen über privatrechtliche Ansprüche auch diejenigen staatsrechtlichen oder sonst in das öffentliche Recht einschlagenden Fragen zu prüfen und zu entscheiden, von deren Beantwortung die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Theil abhängt (vgl. Annalen Bd. II. S. 488; Entsch. Bd. III. S. 410); allein die Entscheidung erlangt nach § 293 nur insoweit Rechtskraft, als über den durch Klage oder Widerklage erhobenen privatrechtlichen Anspruch entschieden ist. Dagegen ist es unzulässig, auf dem in § 353 gestatteten Wege, durch Erweiterung des Klagantrags oder Erhebung einer Widerklage, eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über ein staatsrechtliches oder sonst dem öffentlichen Recht angehöriges Rechtsverhältniß herbeizuführen, welches nach § 13 des G. V. G vor die ordentlichen Gerichte nicht gehört. Da die ganze R. C. P. O. nur auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten Anwendung findet, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören (§ 3 des Einf. Ges. zur R. C. P. O.), so ist auch die in den §§ 231 und 253 zugelassene Feststellungsklage nur auf derartige Rechtsstreitigkeiten anwendbar. (R. G. 12. III. 83.) A. VII. (148.) 478. 479.

3. **Unzulässigkeit einer Präjudizialinzidentklage in der zweiten Instanz.** Nach § 253 der C. P. O. steht das Recht zur Erhebung einer Präjudizialinzidentklage nur bis zum Schluß derjenigen mündlichen Verhandlung zu, auf welche das Urtheil ergeht. Dieses ist — wie nahezu sämmtliche Kommentatoren annehmen (Wilmowsky § 253 Nr. 3 und Andere), von dem Urtheil erster Instanz zu verstehen. Der Ausdruck „bis zum Schluß derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht", findet sich gleicher Weise auch in § 251, um den Zeitpunkt zu bezeichnen, bis wohin Widerklagen zulässig sind, und es kann nicht bezweifelt werden, daß sich derselbe an dieser Stelle jedenfalls auf das Verfahren in 1. Instanz beziehen muß. Es wird also auch in § 253 der Ausdruck keinen anderen Sinn haben können. Außerdem lassen aber die Motive (Hahn, Materialien S. 274) keinen Zweifel darüber, daß in dem fraglichen Paragraphen die Präjudizialinzidentklage resp. Präjudizialinzident-Widerklage bezüglich des Zeitpunkts, bis zu welchem ihre Erhebung gestattet ist, der Widerklage gleichgestellt sein soll. Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig v. 15. Juni 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (237.) 366.

4. **Die Frage der Beweislast ist für die im § 253 zugelassene sog. Präjudizial-Inzidentklage nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen, wie für die Feststellungsklagen des § 231 C. P. O.** Die Bestimmung des § 253 ist nur eine besondere Anwendung der im § 231 a. a. O. getroffenen allgemeinen Vorschrift; das nach § 231 a. a. O. die Zulässigkeit der Feststellungsklage bedingende rechtliche Interesse des Klägers an der alsbaldigen richterlichen Feststellung ist für die Inzidentklagen des § 253 a. a. O. immer schon von selbst dadurch gegeben, daß dieselben ein Rechtsverhältniß, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Ent-

Digitized by Google

scheidung des unter den Parteien bereits obschwebenden Hauptprozesses abhängig ist, zum Gegenstande haben. (R. G. 13. IV. 83.) R. C. IX. (98.) 339. S. hierüber noch bei § 231 ad R. C. IX. (98.) 339—342.

Rechtshängigkeit eines Anspruches.

§ 254.

§ 254.

Die Rechtshängigkeit eines erst im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruchs tritt mit dem Zeitpunkte ein, in welchem der Anspruch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wird.

§ 235.

1. Ueber die **Wirkung der Rechtshängigkeit** s. § 235 Abs. 1 und namentlich ad R. C. IX. (12.) 68. 69.

2. **Der einredeweise im Laufe des Prozesses erhobene Anspruch begründet keine Rechtshängigkeit.** Es geht dies aus § 254 in seinem Zusammenhange mit § 253 hervor. Es hat also auch die **Compensationseinrede** nicht als Anspruch im Sinne der Klage und Widerklage zu gelten. (R. G. 16. V. 82. R. C. VI. (132.) 422.

3. Eine unzweideutige und prinzipielle Entscheidung der sehr bestrittenen Frage gibt die Civilprozeßordnung allerdings nicht. Der § 235 R. C. P. O. behandelt die Wirkung der Klagerhebung (§§ 230. 461. 471), stellt als solche die „Rechtshängigkeit der Streitsache" fest und bestimmt im einzelnen deren prozessualische Folgen im Gegensatze zu den materiellrechtlichen (§ 239). Dieselben Wirkungen legt § 633 a. a. O. für das Mahnverfahren der Zustellung des Zahlungsbefehles bei. Die Klagerhebung ist es also, welche die Rechtshängigkeit begründet. Daß diese aber auch im Laufe des Prozesses entstehen kann, bezeugt, abgesehen von dem einen singulären Fall behandelnden § 467 Abs. 2 a. a. O., unzweideutig der § 254. Der letztere enthält also die sedes materiae. Zwar hat auch er zunächst nur die Bestimmung des Zeitpunktes, mit dem die Rechtshängigkeit beginnt, wenn sie im Laufe des Rechtsstreites eintritt, zum Gegenstande, zugleich läßt er aber zweifellos erkennen, daß er sie nur da statuirt, wo „ein Anspruch erhoben wird". Hieraus folgt: nur wenn durch Geltendmachung der Kompensationseinrede ein Anspruch im Sinne des § 254 a. a. O. erhoben wird, kann sie die Rechtshängigkeit zur Folge haben. Nur kann freilich nicht zweifelhaft sein, daß, wer die Einrede der Kompensation vorbringt, damit eine Gegenforderung, also einen Anspruch geltend macht. Allein der prozessualischen Form und Wirkung nach erhebt er nicht einen Anspruch, sondern bekämpft einen Anspruch. Prozessualisch ist beides überaus verschieden. Der Exzipient verlangt, indem er den Kompensationsanspruch zur Geltung bringt, nicht Verurtheilung des Klägers, sondern Abweisung der Klage. Er bringt ihn nicht schlechthin zur Geltung, sondern nur bis zum Betrage der Klageforderung. Er macht ihn, sofern er letztere nicht überhaupt unbestritten lassen will, nicht unbedingt, sondern nur eventuell geltend, für den Fall, daß die Klage nicht ohnehin abgewiesen werden sollte. Der prozessualische Gesichtspunkt ist es aber, von dem voraussetzlich der Gesetzgeber eine prozessuale Frage wie den Eintritt der Rechtshängigkeit behandelt. Daß er dies auch hier gethan, dafür spricht schon der von ihm (wenn auch nicht völlig konsequent, vgl. § 491 a. a. O.) festgehaltene Sprachgebrauch. Laut

Digitized by Google

der Civilprozeßordnung wird ein Anspruch durch Klage erhoben (§ 235). Er kann auch durch Klagerweiterung und Widerklage erhoben werden §§ 253. 467). Mit der Einrede der Kompensation wird dagegen „ein Anspruch vorgebracht" (§ 136) oder „geltend gemacht" (§§ 274. 293 vgl. 315 Ziff. 1). So wird man auch den § 254 nicht von einem mittels Einrede geltend gemachten compensandum, sondern nur von Ansprüchen zu verstehen haben, welche im Laufe des Prozesses durch Erweiterung des Klagantrags oder durch Widerklage erhoben werden. Hierzu ist man aber umsomehr berechtigt, als der unmittelbar vorausgehende § 253 a. a. O. eben nur von den in diesem Wege erhobenen Ansprüchen gehandelt hat. Nur diese Auslegung ist aber auch ohne Schwierigkeit mit der im übrigen unbestrittenen Tendenz des § 254 a. a. O. vereinbar. Man zweifelt im allgemeinen nicht und kann mit Fug nicht bezweifeln, daß andere selbständige Ansprüche, welche der Beklagte nur excipiendo vorbringt (z. B. die Einrede des Retentionsrechtes, des Eigenthumes, des Nießbrauches ꝛc.), dem § 254 a. a. O. keineswegs unterfallen und keineswegs rechtshängig werden. Nimmt man dies aber als die Meinung und Tendenz des § 254 a. a. O. an, und wollte man dennoch die Rechtshängigkeit als eine Folge der Kompensationseinrede ansehen, so würde man zu dem unannehmbaren Resultate gelangen, daß eine Ausnahme von einem allgemein aufgestellten Satze als statuirt angenommen werden müßte, ohne daß diese Ausnahme in der Bestimmung, welche ihn aufstellt, auch nur angedeutet wäre. Es würde dies nur angehen, wenn das Gesetz anderweit Bestimmungen enthielte, welche unzweideutig auf die Einschränkung jenes Satzes hinwiesen. Solche Bestimmungen fehlen aber. Es würde von vornherein befremdend sein, wenn die Civilprozeßordnung am Sitze der Materie den Satz anscheinend allgemein aufgestellt und erwartet hätte, daß die Beschränkungen und Ausnahmen schon aus anderweiten Bestimmungen geschlossen werden würden. Als eine solche könnte hauptsächlich § 239 a. a. O. in Betracht kommen. Sie handelt nicht von der Rechtshängigkeit, sondern von der Rechtskraft und bestimmt, daß prinzipiell nur die Entscheidung über Klage und Widerklage rechtskräftig wird, dies dagegen von den durch Einrede geltend gemachten Ansprüchen nur rücksichtlich der Kompensationseinrede bis zum Betrage der Klageforderung gilt. Dadurch wird also allerdings in Bezug auf die Rechtskraft erstere mit den widerklagend erhobenen Ansprüchen gleichgestellt. Damit werden beide aber nicht gleichgestellt bezüglich der Rechtshängigkeit, bei der die Frage nach der Rechtskraft der Elemente des Urtheiles, welche die Vorschrift des § 293 a. a. O. veranlaßt hat, ganz außer dem Spiele bleibt. Jedenfalls würde nur dann ein Schluß auf die Gleichstellung beider Berechtigung haben, wenn Rechtshängigkeit und Rechtskraft im Sinne des Gesetzgebers derart correlata wären, daß die Rechtskraft einer Entscheidung die vorgängige Rechtshängigkeit des zu entscheidenden Streitpunkts *nothwendig* voraussetzte. Daß der Gesetzgeber einen solchen unlöslichen Zusammenhang beider supponirt hätte, gibt er aber nirgends kund, und daß er durch eine in der Sache liegende, selbstverständliche Nothwendigkeit dazu gezwungen worden wäre, kann umsoweniger angenommen werden, als, was unten noch zu bemerken sein wird, schon im Gebiete des gemeinen Prozeßrechtes die Entscheidung

Digitized by Google

über die Kompensationseinrede als Element des Urtheiles zur Rechtskraft erwuchs und dennoch die Rechtshängigkeit des compensandum keineswegs angenommen wurde. Ebensowenig kann aus den Bestimmungen der §§ 136. 274 C. P. O. etwas für die Ausnahmestellung der Kompensationseinrede hergeleitet werden. Diese gefährdet leicht den raschen und wirksamen Erfolg der Klage. Im gemeinen wie im preußischen Rechte war deßhalb ihre Zulässigkeit durch ihre Liquidität, bezw. Liquidabilität bedingt; die illiquide Forderung hatte der Richter ad separatum zu verweisen. Eine solche allgemeine Vorschrift vermied die Civilprozeßordnung. Sie suchte zu individualisiren, indem sie den Richter ermächtigte, je nach den konkreten Umständen die Verhandlung und Entscheidung über die Klageforderung von dem Hemmnisse der Verhandlung über die (nicht konnexe) Gegenforderung zu befreien, wenn durch letztere eine ungebührliche Erschwerung oder Verzögerung für erstere drohte. Darauf beruhen die Vorschriften in §§ 136. 274 C. P. O., durch welche der Richter ermächtigt wird, je nach Lage der Sache entweder Klageforderung und Gegenforderung in getrennten Prozessen zur Verhandlung und Entscheidung zu bringen, oder aber nur die Verhandlung zu trennen und sobald die Klageforderung zur Entscheidung reif ist, diese vorweg zu ertheilen, die Entscheidung über die Gegenforderung aber seiner Zeit nachfolgen zu lassen. Wenn nun auch die Civilprozeßordnung das getrennt erfolgende weitere Verfahren nicht geregelt hat, so läßt sich doch keineswegs behaupten, daß die dadurch hervorgerufenen Streitfragen ihre befriedigende Lösung *nur* finden könnten auf Grund der Annahme, daß die Einrede der Kompensation den damit geltend gemachten Anspruch rechtshängig mache. Denn will man es als unvereinbar mit der prozessualen Trennung ansehen, daß die Einrede der Kompensation ihren Charakter als Einrede beibehalte, so folgt daraus doch eben nur, daß der bisher *bloß* einredeweise geltend gemachte Anspruch *fortan* als ein widerklagend erfolgter zu behandeln ist, der als solcher Rechtshängigkeit wirkt. **Als Resultat dieser Erwägungen ergibt sich, daß für die Auslegung des § 254 aus anderweiten Bestimmungen der Civilprozeßordnung, namentlich aus den §§ 293. 136. 274 nichts mit Sicherheit hergeleitet und ersterer der Fassung und dem Zusammenhange nach nicht wohl anders als dahin verstanden werden kann, daß wie jeder andere im Wege der Einrede vorgebrachte Anspruch, so auch die durch Kompensationseinrede geltend gemachte Gegenforderung nicht in Rechtshängigkeit übergeht.** Keinesfalls enthält der § 254 a. a. O. eine unzweideutige Bestimmung entgegengesetzten Inhaltes, und eine solche wäre, wenn der Gesetzgeber letzteren gewollt hätte, sicher zu erwarten gewesen, sowohl nach dem Rechtszustande vor der Civilprozeßordnung, als nach der Entstehungsgeschichte ihrer einschlägigen Bestimmungen. Die Einführung der Rechtshängigkeit durch die Civilprozeßordnung wäre gegenüber dem früheren Rechtszustande eine Neuerung gewesen, die eben als solche zu einer unzweideutigen Bestimmung aufgefordert hätte. Denn Theorie und Rechtsprechung haben, zumal im Gebiete des gemeinen Rechtes, in Anknüpfung an die l. 8 Dig. de compens. 16,2, der Kompensationseinrede die Begründung der Rechtshängigkeit schlechthin oder als Regel abgesprochen, (vgl. *Krug*, Kompensation S. 250 f.; *Dernburg*, Kompensation

Digitized by Google

S. 535 f.; Eisele, Kompensation S. 368; desgl. die obersten Gerichtshöfe bei Seuffert, Archiv: Kiel Bd. 7 Nr. 300, Dresden Bd. 16 Nr. 39, Stuttgart Bd. 21 Nr. 117; Berlin Bd. 27 Nr. 118;) wenn auch über den Umfang und die Realisirung des Grundsatzes Streit und Schwanken herrschte und man geneigt war, durch mehr oder weniger willkürliche prozessualische Kautelen den anscheinend mit ersterem verknüpften Bedenken vorzubeugen. Dies hat sich denn auch in den Vorstadien der neuen Prozeßgesetzgebung geltend gemacht. Bei den Berathungen der Norddeutschen Prozeßkommission über Rechtskraft und Rechtshängigkeit hatte sich die Mehrheit dafür erklärt, letztere als Folge der Kompensationseinrede wegen deren Verwandtschaft mit einer Rekonvention eintreten zu lassen, und war auch in den Ausschußentwurf eine dies ausdrücklich aussprechende Vorschrift (§ 334) aufgenommen worden. Hiergegen erhoben sich aber bei der späteren Verhandlung Bedenken in der Richtung, daß es Jedem freistehen müßte, den Kompensationseinwand eventuell mehrfach zu gebrauchen, ihn auch jederzeit zurückzunehmen u. dgl. Mit Rücksicht hierauf wurde der § 334 gestrichen, (vgl. Protokolle der norddeutschen Civilprozeßkommission Bd. 2 S. 572. 608. 794), und ist die Vorschrift, obwohl später noch einmal aber ohne Begründung, in den § 229 des preußischen Justizministerialsentwurfes von 1871 aufgenommen, schließlich in die Civilprozeßordnung nicht übergegangen. Nach diesen Erwägungen für und wider hätte der Gesetzgeber, wenn er die Neuerung beabsichtigt hätte, gewiß allen Anlaß gehabt, dies nicht bloß vermuthen und schließen zu lassen, sondern es mit unzweideutigen Worten klarzustellen. Er hat dies aber nicht gethan, sondern dem § 254 eine Fassung gegeben, die gerade die entgegengesetzte Intention, wenn nicht zweifellos ausdrückt, so doch als das natürlich Vorauszusetzende erscheinen läßt. **Es muß** daher, wennschon die Motive zur Civilprozeßordnung ohne nähere Begründung anscheinend einer anderen Auffassung folgen, an der schon vom II. Civilsenate des Reichsgerichtes, (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 16 S. 373, vgl. Bd. 6 S. 422), wo auch die Literaturnachweisungen zu finden sind (dazu noch die Abhandlungen in Gruchot's Beiträgen von Schollmeyer, Wex u. Petersen Bd. 31 S. 222 f. 248 f. 535 f.), vertretenen Auslegung dahin **festgehalten werden, daß nach der Civilprozeßordnung durch Erhebung der Kompensationseinrede die Rechtshängigkeit des compensandum nicht begründet wird.** (R. G. 20. V. 87.) RG. XVIII. (95.) 408—413.

Beweisantretung.

§ 255. **§ 255.**

Jede Partei hat unter Bezeichnung der Beweismittel, deren sie sich zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, den Beweis anzutreten und über die von der Gegenpartei angegebenen Beweismittel sich zu erklären.

In Betreff der einzelnen Beweismittel wird die Beweisantretung und die Erklärung auf dieselbe durch die Vorschriften des sechsten bis zehnten Titels bestimmt.

§ 121 Nr. 5, §§ 336, 338, 368, 385, 416.

1. Zu **Beweismitteln für die Eingehung einer Ehe** sind vorzugsweise der Inhalt der Personenstandsregister und die auf diesem Inhalte beruhenden Beurkundungen der Personenstandesbeamten bestimmt. Andere

Digitized by Google

Beweise sind indeß nicht ausgeschlossen. Es ist auch nicht abzuse
aus welchem Grunde ein **Indizienbeweis zur Klarlegung einer**
schließung nicht ebenso zulässig sein soll, wie zum Beweise jeder and
juristischen Thatsache. Schon die Allgem. preuß. Gerichsordnung de
im § 106 des Anhanges zu § 28 Thl. 1 Tit. 13 auf die Zulässig
eines Indizienbeweises zur Liquidestellung der bestrittenen Eingeh
einer Ehe hin. Und nach dem Beweisrechte der Civilprozeßordnung
das deutsche Reich ist ein Zweifel an der Statthaftigkeit eines Indiz
beweises zum Beweise des fraglichen Rechtsvorganges völlig au
schlossen. (S. hier noch in Folgendem ad R. C. XI. (114.) 426—4
(R. G. 31. III. 84.) R. C. XI. (114.) 425. 426. A. X. (37.) 1

2. Die Frage, wie sich in dem Rechtsstreite über die Eingeh
einer Ehe **die Beweispflicht dessen, der die Eheschließung behauptet,**
staltet, ist mehrfach Gegenstand der Erörterung in Theorie und Pr
gewesen. Von den kirchenrechtlichen Schriftstellern sagt Walter (Kird
recht Bd. 2 Buch 5 Abschn. 3 Kap. 5 III Note 11), spricht sich u
Bezugnahme auf cap. 11 X qui filii sint legitimi 4, 17 dahin
daß die gedachte Praxis sich wohl allgemein rechtfertigen lasse, indem
argumentirt, es sei eine Vermuthung für die Eingehung einer Ehe u
den Eltern begründet, wenn die Eltern sich öffentlich als Ehegatten
erkannt haben und auch dafür gehalten worden, mithin keine Thatsa
bekannt gewesen seien, welche die Bündigkeit jenes Schlusses aufhe
könnten. Andere Schriftsteller sprechen von einer possessio status
dem Sinne, daß dieselbe den dem fraglichen Zustandsrechte entsprechen
thatsächlichen Zustand bedeute. Einer solchen possessio status wird
Wirkung beigelegt, daß sie in dem Streite über das Zustandsrecht
Rechtsvermuthung für das Vorhandensein des Rechtes selbst begrün
(Vgl. Glück, Kommentar Bd. 21 S. 314. 319; Seuffert, Pande
§ 40 Note 2). In diesem Sinne ist ein dem vorliegenden sehr ähnli
Rechtsfall von dem vormaligen Obertribunale in Stuttgart im Ja
1858 entschieden worden. (Vgl. Seuffert Archiv Bd 12 Nr. 24
Auf dem gleichen Standpunkte steht ein unter Anwendung gemei
Rechtes ergangenes Urtheil des vormaligen preußischen Obertribun
aus dem Jahre 1848. (Vgl. Entsch. des preuß. Obertrib. Bd.
S. 299.) Vom Besitzstande an einem Personenzustandsrechte ist
in einem nach altländisch-preußischem Rechte ergangenen, in Stri
horst, Arch. Bd. 6 S. 109 f. abgedruckten Urtheile des vormali
preußischen Obertribunales die Rede. In dem letztgedachten Urth
wird zwar dem Besitzstande in Bezug auf Personenzustandsrechte
alle Bedeutung abgesprochen. Aber ein Rechtsgrundsatz, nach weld
Derjenige dem ein solcher Besitzstand zur Seite stehe, Anerkennung
von ihm angesprochenen Personenstandes bis zum Beweise des Geg
theiles fordern könne, wird nicht anerkannt. In einem späteren, e
falls unter Anwendung altländisch-preußischen Rechtes gesprochenen
theile des preußischen Obertribunales (Striethorst, Archiv Bd.
S. 47) ist zwar von einem Besitze am Personenstande nicht die R
Es wird aber angenommen, daß zum Beweise der ehelichen Kindsc
ein indirekter Beweis dafür, daß die Eltern des Kindes miteinar
verheirathet gewesen, genüge, auch wenn eine konkrete Thatsache der

Digitized by Google

schließung nicht behauptet sei. Mit Rücksicht darauf nämlich, daß der Vater bei der Taufe, der Erziehung und der Verheirathung des Kindes fortgesetzt das Kind als sein eheliches bezeichnet und es in allen Lebenslagen wie ein solches behandelt habe, wird dem Kinde ein Ignoranzeid darüber, daß seine Eltern miteinander verheirathet gewesen seien, anvertraut. Die letztgedachte Entscheidung wird von Koch (Kommentar Note 2 zu § 1 A. L. R. II. 2) angegriffen, wesentlich aus dem Grunde, weil die fraglichen Indizien für die juristische Thatsache einer von den Eltern eingegangenen Ehe, von welcher man nicht wisse, wo, vor wem, nach welchem Ritus sie geschlossen sei, als genügend schlüssig nicht angesehen werden können. Dernburg (Privatrecht Bd. 3 § 44) bezeichnet in den Fällen, in welchen Beurkundungen eines Personenstandesbeamten nicht beigebracht werden können, Indizien für den Beweis der Eheschließung bis zum Gegenbeweise als beweiskräftig. Als dergleichen Indizien führt er beispielsweise an, wenn der Vater thatsächlich das Vorhandensein einer Ehe anerkannt, wenn er die Mutter für seine Gattin ausgegeben habe, wenn er das Kind als ein eheliches in die Kirchenbücher oder in die Standesregister habe eintragen lassen. Er fügt bei, diesen Thatsachen werde namentlich Gewicht beizulegen sein, wenn die Eltern gestorben, verschollen, in bewußtlosem Zustande seien. Von diesen Erörterungen läßt sich zwar die besprochene Verwerthung des Besitzbegriffes für den vorliegenden Fall nicht nutzbar machen. Auch kann dem thatsächlichen Zustande — ganz abgesehen von der Anwendung des Besitzbegriffes — die Wirkung der Erzeugung einer für das Bestehen einer Ehe bis zum Beweise des Gegentheiles sprechenden Rechtsvermuthung nicht beigelegt werden. Eine solche Rechtsvermuthung würde eine — wenigstens für das preußische Recht nicht anzuerkennende — Rechtsnorm zur Voraussetzung haben. Allein es bedarf derartiger Hilfsmittel, deren Aufstellung und Anwendung durch die älteren prozessualischen Rechtsnormen, insbesondere die strenge Beweistheorie veranlaßt war, nach dem gegenwärtig geltenden Prozeßrechte nicht mehr. Die freie Beweiswürdigung gibt die prozessualische Möglichkeit an die Hand, das Thatsachen- und Beweismaterial, welches nach der dargestellten Prozeßpraxis für die Frage, ob dem behaupteten Personenzustandsrechte der Besitzstand oder eine Rechtsvermuthung zur Seite stand, in Betracht kam, unmittelbar für den Beweis der stattgehabten Eheschließung zu verwerthen. Der Mangel der näheren Bezeichnung des Aktes der Eingehung der Ehe schließt diese Verwerthung nicht aus, wenn auch als richtig anzuerkennen sein mag, daß in dem Mangel einer konkreten Bezeichnung des rechtsbegründenden Aktes, von welchem das Klagerecht abhängt, eine Beschränkung der Vertheidigung gefunden werden könnte, sofern nämlich der Gegenpartei die Möglichkeit genommen wäre, ihre Rechtsbehelfe gegen den fraglichen Akt vorzubringen. (R. G. 31. III. 84.) R. C. XI. (114.) 426—429. A. X. (37.) 176—178.

3. **Beweislast bei der exceptio complurium concumbentium, insbesondere in dem Fall, wenn die Einrede bezweckt, den Entschädigungsanspruch der verlassenen Braut zu elidiren, also auf die Unterstellung eines gröblichen Bruches der Verlöbnißtreue hinausläuft.** An sich ist es unbedenklich, daß der Beklagte den Grund seiner Einrede zu beweisen hat.

Digitized by Google

Es fragt sich nur, ob ihn der Umstand, daß die Klägerin schwa
geworden ist und ein Kind geboren hat, dieses Beweises überhebt.
ist zu verneinen. Die Einrede des Beklagten geht nicht dahin, da
wegen Mangels der Virginität der Klägerin oder wegen unmoraliſ
Verhaltens derselben von dem Verlöbnisse zurückzutreten berechtigt
sondern dahin, daß Klägerin durch geschlechtlichen Umgang mit e
Dritten die Treue gebrochen habe. Dieser Grund ist ein selb
diger, von der Schwangerschaft der Klägerin ganz unabhängiger.
solcher Treubruch würde zum Rücktritt vom Verlöbnisse berechtigen,
wenn er eine Schwangerschaft nicht zur Folge gehabt hätte. And
seits läßt die Thatsache der Schwangerschaft der Klägerin für sich a
nicht auf einen Treubruch der Klägerin schließen. Es spricht eine
muthung weder dafür, daß die Klägerin von ihrem Bräutigam geschwä
sei, noch für das Gegentheil. Ist die Klägerin von ihrem Verlo
geschwängert, so kann von einem Treubruch nicht die Rede sein.
Beklagte, welcher behauptet, daß die Klägerin nicht von ihm, son
von einem Anderen geschwängert sei, muß also diese Voraussetzung
Treubruches beweisen. Wenn der Beklagte einen direkten Beweis d
daß die Klägerin mit einem bestimmten Dritten konkumbirt habe,
anzutreten vermag, da er angeblich nicht weiß, wer dieser dritte
kumbent ist, so hat er den künstlichen Beweis darüber anzutreten,
er selbst das Kind nicht erzeugt haben könne, da er innerhalb
Konzeptionsperiode nicht mehr mit der Klägerin konkumbirt habe, wo
folge, daß die Klägerin in der Konzeptionsperiode mit einem Ande
konkumbirt haben müsse. Auch die Faktoren dieses künstlichen Bew
muß der Beklagte beweisen. (R. G. 16. VI. 84.) A. X. (1
518—520.

§ 256.

§ 256.

Beweismittel und Beweiseinreden können bis zum Schlusse derjenigen münd
Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden.

Auf das nachträgliche Vorbringen von Beweismitteln und Beweiseinreden
die Vorschrift des § 251 Absatz 2 entsprechende Anwendung.

1. **Die Vernehmung weiterer Zeugen und Sachverständigen darf
auf Grund bloßer Wahrscheinlichkeit eines erfolglosen Ausfalles ders
zurückgewiesen werden.** Wenn auch nach den Bestimmungen der §§
und 491 der Reichs-Civilprozeßordnung neue Beweismittel, die in e
Instanz noch nicht vorgebracht waren, in der Berufungsinstanz bis
Schlusse der Berufungsverhandlung noch vorgebracht werden können
ist der im § 259 ausgesprochene Grundsatz der freien Bew
würdigung nicht durch jene Bestimmungen beseitigt oder auch
beschränkt worden. Dieser prozessuale Gegensatz räumt dem Richte
Befugniß, nach freier Ueberzeugung auf Grund der Ergebnisse de
pflogenen Beweiserhebungen wie auf Grund des gesammten Inh
der Verhandlungen zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung
wahr oder für nicht wahr zu erachten sei, und demzufolge auch
weitere Befugniß ein, die Vernehmung weiterer Zeugen aus dem Gr
abzulehnen, weil er nach seiner Ueberzeugung als bereits festste
gefunden hat, daß durch die beantragte neue Vernehmung Sachdien
nicht erbracht werden kann. Diese letztere Befugniß ergibt sich als
nothwendige Konsequenz aus dem Grundsatze der freien Beweiswürdig

Digitized by Google

(Hahn's Materialien zur Reichs-Civilprozeßordnung Abth. 1, S. 668, 669; Abthl. 2, S. 1010, 1011 und S. 1266.) Die Befugniß zur Ablehnung weiterer Zeugen findet allerdings ihre Schranke darin, daß der Richter die Ueberzeugung von der Unerheblichkeit der beantragten Vernehmung bereits gewonnen haben muß, und da diese Ueberzeugung nur darin bestehen kann, daß entweder dasjenige, was der Zeuge aussagen soll, für unerheblich erachtet wird, oder daß der Richter bereits für unerschütterlich erwiesen hält, es könne der Zeuge irgend Erhebliches gar nicht mehr aussagen, so ergibt sich von selbst, daß bloße Wahrscheinlichkeit eines erfolglosen Ausfalles der beantragten Vernehmung den Richter nicht zur Ablehnung berechtigt. **Es muß daher die Ablehnung, wenn sie eine berechtigte sein soll, auf der Ueberzeugung des Richters beruhen, daß das, was der Zeuge aussagen soll, überhaupt nicht erheblich ist und daß seine in thatsächlicher Beziehung gemachte Feststellung durch Aussagen neuer Zeugen nicht erschüttert oder alterirt werden könne.** Weiter ist noch hervorzuheben, daß der Grundsatz der freien Beweiswürdigung auch gegenüber der Beweisführung durch Sachverständige gilt und es demnach in der freien Befugniß des Richters liegt, unter divergirenden Gutachten frei zu wählen, die Abgabe von Gutachten anderer Sachverständigen anzuordnen und die Beantragung neuer Gutachten abzulehnen. (Seuffert, Kommentar zur Civilprozeßordnung S. 434 u. 445). (B. O. L. 29. XII. 84.) S. X. (241.) 646 f.

2. **Kein Recht der Partei zur Nachholung eines versäumten Vorbringens die Wiedereröffnung einer geschlossenen mündlichen Verhandlung zu beantragen.** Urtheil des Reichsgerichts v. 15. Januar 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (231.) 362.

c. Beweisaufnahme und Verhandlung darüber.

§ 257. **§ 257.**

Die Beweisaufnahme und die Anordnung eines besonderen Beweisaufnahmeverfahrens durch Beweisbeschluß wird durch die Vorschriften des fünften bis elften Titels bestimmt.

§ 258. **§ 258.**

Ueber das Ergebniß der Beweisaufnahme haben die Parteien unter Darlegung des Streitverhältnisses zu verhandeln.

Ist die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgericht erfolgt, so haben die Parteien das Ergebniß derselben auf Grund der Beweisverhandlungen vorzutragen.

Es ist nicht statthaft, das Berufungsurtheil auf den seitens der Parteien vorgetragenen angeblichen Inhalt der Aussage eines Zeugen zu gründen, welcher in einer früheren mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz ohne Protokollirung der Aussage vernommen war, wenn ein Mitglied des erkennenden Berufungsgerichtes in jener früheren mündlichen Verhandlung als Richter nicht mitgewirkt hat. (R. G. XIV. (108.) 383.) — (R. G. 8. VII. 85.) S. hierüber bei § 280 ad R. C. XIV. (107.) 379—383.

Freie Würdigung des Beweises.

§ 259. **§ 259.**

Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu er-

Digitized by Google

achten sei. In dem Urtheile sind die Gründe anzugeben, welche für die richterliche Ueberzeugung leitend gewesen sind.

An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

§ 407. E. G. § 13 Nr. 2, 3, 4, § 16 Nr. 1, 2.

R. G. über das Urheberrecht v. 11./6. 70 § 29. R. Haftpfl. G. v. 7./6. 71 § 6. R. Beamten G. v. 31./3. 73 § 144. R. Musterschutz G. v. 11./1. 76 § 14. R. Markenschutz G. v. 30./11. 74 § 16. H. G. B. Art. 34—36, 77, 78, 488, 494, 889.

1. **Abs. 1, Satz 1.** Nach heutigem Prozeßrecht wird der Beweis nicht mehr auferlegt und kommt die Beweispflicht der einen oder anderen Partei erst dann in Frage, wenn das Ergebniß des erhobenen Beweises gezogen wird und sich dabei herausstellt, daß nichts erwiesen sei. Die Frage, ob und was bewiesen ist, steht immer im Vordergrund; **welche Partei zu beweisen gehabt hat, ist nur dann von Wichtigkeit, wenn nichts bewiesen ist und aus diesem Nichtbewiesensein rechtliche Folgen zu ziehen sind.** Der § 259 der C. P. O. spricht auch nur von einer „etwaigen" Beweisaufnahme, so daß **nicht der mindeste Zweifel** darüber bestehen kann, **daß das Gericht auch allein auf Grund des gesammten Inhalts der Verhandlungen, selbst ohne Beweisanerbieten einer beweispflichtigen Partei, seine freie Ueberzeugung bilden und hiernach seine Entscheidung treffen kann.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 18. April 1885. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 316 S. 456.

2. **Die Voraussetzungen für die freie Beweiswürdigung des Richters sind, daß die Aufnahme eines in zulässiger Weise beantragten Beweises über eine für erheblich erachtete Thatsache nicht unterblieben, und daß bei der Aufnahme dieses Beweises nicht gegen die Gesetze verstoßen sei.** (R. G. 28. XII. 83.) S. hierüber auch bei § 358 Ziff. 3 und 4 ad R. C. X. (137.) 416.

3. **Darüber, was im Sinne des § 259 C. P. O. die Ueberzeugung des Gerichtes von der Wahrheit einer Thatsache bedeutet, und wie sich das Gericht bei Abwägung der Gründe für und gegen die Annahme jener Wahrheit zu der Bestimmung des § 437 C. P. O. verhalten muß, folgendes:** Vermöge der Beschränkung der Mittel menschlichen Erkennens kann Niemand (selbst im Falle eigener unmittelbarer Anschauung eines Vorganges) zu einem absolut sicheren Wissen von der Existenz eines Thatbestandes gelangen. Abstrakte Möglichkeiten der Nichtexistenz sind immer denkbar. Wer die Schranken des menschlichen Erkennens erfaßt hat, wird nie annehmen, daß er in dem Sinne zweifellos von der Existenz eines Vorganges überzeugt sein dürfe, daß ein Irrthum absolut ausgeschlossen wäre. Deßwegen gilt im praktischen Leben der hohe Grad von Wahrscheinlichkeit, welcher bei möglichst erschöpfender und gewissenhafter Anwendung der vorhandenen Mittel der Erkenntniß entsteht, als Wahrheit und das Bewußtsein des Erkennenden von dem Vorliegen einer so ermittelten hohen Wahrscheinlichkeit, als die Ueberzeugung von der Wahrheit. Der erkennende Richter hat eine der wichtigsten Aufgaben des praktischen Lebens zu erfüllen. Endlich ist zu berühren, daß an sich der erkennende Richter, wenn derselbe eine Thatsache nur für in einem geringeren Grade wahrscheinlich hält, als in dem soeben gekennzeichneten höchsten (für das

Digitized by Google

praktische Leben der Wahrheit gleichstehenden) Grade, stets im Sinne des Gesetzes sich der Fügsamkeit bewußt zu erweisen hat, fakultativ auf einen richterlichen Eid zu erkennen. Allerdings ist der erkennende Richter völlig berechtigt, sich dazu nicht zu entschließen, wenn er sich dahin entscheidet, daß ein solcher Eid auf seine Ueberzeugung keinen Einfluß ausüben würde. Es kann letztere Entscheidung in dem konkreten Falle auch darauf basiren, daß in demselben nur ein Glaubens-, Nichtglaubens- oder Nichtwissenseid auferlegt werden könne, und dieser (nach Lage des Falles und namentlich nach den in Betracht kommenden Personen) gewichtlos erscheine; indessen an sich ist die Auferlegung eines richterlichen Eides der letzteren Art nicht ausgeschlossen. Die Beschränkung des § 410 C. P. O. ist (nach § 439 a. a. O.) auf den richterlichen Eid nicht anwendbar. Mit Recht heißt es in der Begründung des dem § 437 C. P. O. entsprechenden § 419 des Entwurfes derselben: „Für den richterlichen Eid besteht die Beschränkung des § 397 (des Entwurfes, § 410 C. P. O.) nicht. Dem Richter steht es frei, wenn er das Glauben, das Nichtwissen oder das Nichtglauben einer Partei für die Erlangung der Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache für erheblich erachtet, von dieser Partei einen Eid in der Form des Ueberzeugungseides zu fordern. Die Gründe für die Beschränkung der Ignoranz- und Glaubenseide treffen nur die Eidesdelation. (R. G. 14. I. 85.) R. C. XV. (87.) 338—340.

4. **Auch für Feststellung eines Gewohnheitsrechts greift der Grundsatz freier richterlicher Beweiswürdigung Platz.** (B. O. L. 27. III. 82.) S. hierüber bei § 265; S. IX. (186.) 569. 570.

5. Die Civilprozeßordnung hat, obwohl sie des **außergerichtlichen Geständnisses** nicht erwähnt, dadurch demselben keineswegs den ihm nach allgemeinen Grundsätzen zukommenden Werth für die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit einer zu beweisenden Thatsache abgesprochen. (R. G. 9. III. 82.) R. C. VI. (54.) 197.

6. Die Normen über die Stellung des Richters zu den prozessualen Quellen seiner Ueberzeugung von der Existenz oder Nichtexistenz behaupteter relevanter Thatsachen sind gar nicht bestimmt zu regeln. Es kann nicht allgemein festgestellt werden, wie diese Quellen nach dem Gesetzeswillen geartet sein müssen, um überhaupt als Verhandlungsinhalt und Beweisquelle gelten zu dürfen. Sitz der Materie in Bezug darauf, **welchen Erfordernissen nach dem Willen des Gesetzes genügt sein muß, um die Aussage einer als Zeugen vernommenen Person als im Sinne des Gesetzes zulässiges Beweismittel gelten zu lassen,** ist Titel 7 des ersten Abschnittes im zweiten Buche der Civilprozeßordnung. Der gesammte Inhalt und Zusammenhang der in diesem Titel enthaltenen Bestimmungen, namentlich die Fassung der §§ 356. 357, sowie des in Gegensatz zu denselben gestellten § 358, sprechen dafür, daß jeder Zeuge beeidigt werden muß, wenn er nicht die in § 358 gekennzeichneten Eigenschaften besitzt oder die Parteien auf die Beeidigung verzichten, welche letztere Ausnahme nach den Bestimmungen der §§ 577. 597 C. P. O. in Ehesachen und Entmündigungssachen nicht stattfindet. Für die Richtigkeit der vorentwickelten Grundsätze spricht (außer dem für sich entscheidenden Inhalte

Digitized by Google

des Gesetzes) adminikulirend die Entstehungsgeschichte der erheblichen
setzesstellen, insbesondere die Verhandlungen in der 131. Sitzung
Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung
den Norddeutschen Bund, S. 710. 741 der Kommissionsprotokolle.
gleichartigem Sinne hat die Rechtsprechung des Reichsgerichtes die No
der Strafprozeßordnung hinsichtlich der Beeidigung der Zeugen ausg
(Vgl. Entsch. des R. G.'s in Straff. Bd. 1 Nr. 188 S. 403, B
Nr. 45 S. 113.) — (R. G. 15. XI. 82.) R. C. VIII. (121.)
409. A. VII. (56.) 183. 184. (R. C. X. (137.) 416.)

7. **Das erkennende Gericht darf nicht an sich den Eindruck berü
tigen, welchen ein Zeuge bei seiner Vernehmung durch ein beauftr
Mitglied des erkennenden Gerichtes auf dieses Mitglied gemacht hat.**
Urtheil darf nur auf dasjenige gegründet werden, was Gegenstand
Verhandlung vor dem erkennenden Richter war. Gemäß diesem G
satze beschränkt § 259 C. P. O. auch die freie Beweiswürdigung
dasjenige, was Gegenstand der Verhandlungen und Beweisaufnahm
wesen ist. Das erkennende Gericht begibt sich daher, wenn es die
nahme eines Zeugenbeweises einem seiner Mitglieder oder einem an
Gerichte überträgt, der Möglichkeit, die Eindrücke, welche bei unm
barer Vernehmung des Zeugen vor dem erkennenden Gerichte aus
Verhalten bei der Vernehmung hätten gewonnen werden können, be
Beurtheilung seiner Glaubwürdigkeit zum Grunde zu legen. **Es
ihm frei, den Eindruck, welchen der Zeuge bei seiner Vernehmung
den beauftragten oder ersuchten Richter auf diesen gemacht hat, bei
Urtheile zu berücksichtigen, aber nur dann, wenn die Wahrnehmungen
selben als ein Bestandtheil der Beweisaufnahme gemäß § 335 C. P
zum Gegenstande der Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte ge
worden sind.** Daß in dieser Hinsicht ein Unterschied bestehe, je na
die Vernehmung durch ein Mitglied des erkennenden Gerichtes, w
auch bei Erlassung des Urtheiles mitwirkt, oder durch einen son
Richter bewirkt wurde, ist nicht anzunehmen, wie auch im Falle
Beweises durch Augenschein die Verhandlung über das Ergebniß dess
dadurch nicht erübrigt wird, daß der beauftragte Richter, welche
Augenschein eingenommen hat, bei Erlassung des Urtheils mitwirkt. (
26. II. 87.) R. C. XVII. (107.) 425—427.

8. Indem die Motive zu dem wesentlich mit § 358 übereinstim
den § 345 des Entwurfes sagen, daß die unbeeidigte Vernehmung
Zeugen in den Fällen des § 345 gestattet sei und daß im Interess
Ermittelung materieller Wahrheit die Würdigung des Werthes unbeei
Zeugenaussagen gleich dem gesammten Beweismaterial der fr
Würdigung des Richters überwiesen werde, so liegt darin, da
**Richter die freie Würdigung der Aussagen solcher Zeugen hat, möge
unbeeidigt geblieben sein, weil das Gesetz die Beeidigung nicht zuläßt (§
Nr. 1. 2 R. C. P. O.), oder aber weil das Gericht ihre nachträgliche
eidigung nicht für angemessen oder erforderlich erachtet.** (R. G. 28.
83.) R. C. X. (137.) 417.

9. Die Civilprozeßordnung hat den Richter in Betreff der Aufn
eines angetretenen Zeugen- oder Sachverständigenbeweises an das hi
vorgeschriebene Verfahren gebunden, welches die Beweisaufnahme hin

Digitized by Google

lich der Vollständigkeit der Vernehmung, der schriftlichen Feststellung der Aussagen, sowie der Wahrheit und Richtigkeit derselben ꝛc. mit einer Reihe von Garantieen umkleidet, und die Parteien haben auf Innehaltung dieser Garantien ein Recht. **Die freie Beweiswürdigung des Richters hat nach der Civilprozeßordnung zur Voraussetzung, daß die Vorschriften über die Beweisaufnahmen genau befolgt sind, und sie steht daher dem Richter nur in dieser Beschränkung zu.** (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 4 S. 375 ff., Bd. 9 S. 323 ff. und Bd. 10 S. 415 ff.) **Zu diesen Vorschriften gehört nun aber auch diejenige des § 146 C. P. O. in Abs. 2 Ziff. 3, daß diese Aussagen der Zeugen und Sachverständigen durch die Aufnahme in das Protokoll (über die mündliche Verhandlung) festzustellen sind, insofern die Zeugen und Sachverständigen nicht schon früher abgehört waren, und daß auch in diesem Falle ihre Abweichungen von ihren früheren Aussagen in das Protokoll aufzunehmen sind, in Verbindung mit der Vorschrift des § 148 C. P. O., nach welcher das Protokoll, auch insoweit es die darin festgestellten Aussagen der Zeugen und Sachverständigen betrifft, den Betheiligten vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen und dann in dem Protokolle zu bemerken ist, daß dies geschehen und die Genehmigung erfolgt sei, oder welche Einwendungen erhoben sind.** Es wird hierdurch offenbar bezweckt, den Parteien für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Fixirung des wesentlichen Inhaltes der Aussagen, sowie gegen Leichtfertigkeit oder Ungenauigkeiten der Aussagen der betreffenden Personen und gegen Mißverständnisse derselben seitens des Protokollführers oder des Gerichtes die größtmögliche Garantie zu verschaffen und zugleich, wie aus der Ausnahmebestimmung des § 147 C. P. O. hervorgeht — dem Berufungsrichter eine von der Auffassung des Prozeßgerichts, vor welchem die Vernehmung erfolgt ist, unabhängige Grundlage für seine eigene Beweiswürdigung und mithin eine Kontrolle zur Nachprüfung der Frage zu bieten, ob das Prozeßgericht das Ergebniß der Beweisaufnahme richtig gewürdigt hat. Die Feststellung durch das Sitzungsprotokoll erfolgt ja überhaupt gerade zu dem Zwecke, um die richtige Darstellung des Sachverhältnisses im Urtheile zu sichern, sodaß also das Sitzungsprotokoll in Betreff der Darstellung des Thatbestandes im Urtheile Gegenbeweis liefert. (S. hierüber auch noch bei § 146 Ziff. 3 ad R. C. XIII. (116.) 422. 423.) — (R. G. 21. II. 85.) R. C. XIII. (116.) 421. 422.

10. **Die Vernehmung weiterer Zeugen und Sachverständigen darf nicht auf Grund bloßer Wahrscheinlichkeit eines erfolglosen Ausfalles derselben zurückgewiesen werden.** (B. O. L. 29. XI. 84.) S. X. (241.) 646 f. S. hierüber bei § 256.

11. **Wenn der Richter sich nicht für überzeugt hält, daß die Zeugen außer Stande seien, etwas überhaupt Erhebliches auszusagen, wenn er vielmehr dafür hält, daß er ihren Aussagen nicht glauben würde, auch wenn sie etwas Erhebliches aussagen, so kann er einen angetretenen Zeugenbeweis nicht ablehnen.** Darüber kann und soll er erst entscheiden, wenn er diese Aussagen kennt (Entsch. des R. G. Bd. 4 S. 377; Seuffert, Arch. Bd. 37 Nr. 259; Wach, Vorträge S. 161), zumal in einem Fall, wo erst die Gesammtheit der Details eine volle Würdigung der entscheidenden Thatsache ermöglicht. Urtheil des Reichsgerichts vom 11. Mai 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 67 S. 96. 97.

Digitized by Google

12. **Der im § 259 C. P. O. aufgestellte Grundsatz der freien B weiswürdigung räumt allerdings dem Richter auch die Befugniß die Vernehmung eines zum Beweise einer streitigen, erheblichen Thats vorgeschlagenen Zeugen aus dem Grunde abzulehnen, weil er „nach frei Ueberzeugung" als bereits feststehend ansieht, daß durch die Vernehmu desselben Sachdienliches nicht erbracht werden kann.** Daß der § 259 d Konsequenz in vollem Maße in sich schließen will, ist in der Ju kommission des Reichstages von den Kommissaren des Bundesrathes wiederholten Erörterungen fortwährend vertreten und schließlich auch v der Kommission durch Ablehnung aller in den geltend gemachten entgeg stehenden oder doch die Konsequenz abschwächenden Auffassungen beruh den Anträgen anerkannt worden. (Prot. S. 181. 182; S. 551. 55 168. Sitzung S. 3. 4.) Aber die Ueberzeugung von der Unerheblich einer beantragten Vernehmung kann überhaupt nur darin bestehen, entweder dasjenige, was der Zeuge aussagen soll, für unerheb erachtet wird oder daß der Richter für bereits gewiß für unerschüt lich erwiesen hält, daß der Zeuge nicht im Stande sei, Erheblic auszusagen. Die Wahrscheinlichkeit eines erfolglosen Ausfalles beantragten Vernehmung kann nicht zur Ablehnung derselben berechtig denn auch die größte Wahrscheinlichkeit läßt immer noch irgend eine M lichkeit des Gegentheiles bestehen, und da der Richter sich darüber, ob Zeuge Sachdienliches auszusagen vermag, durch die Vernehmung dessel volle Gewißheit verschaffen kann, so kann von dem Vorhand sein einer dies verneinenden Ueberzeugung des Richters so la nicht die Rede sein, als nicht jede Möglichkeit des Gegentheiles s anderweitig als ausgeschlossen erscheint. Der Richter kommt freilich der Prüfung von Beweisergebnissen nicht selten in die Lage, einen ho Grad von Wahrscheinlichkeit als Gewißheit gelten lassen zu müssen, al die Berechtigung hierzu kann immer nur daraus entnommen werden, alle behufs Ermittelung der Wahrheit ihm zu Gebote stehenden Mi erschöpft sind. (R. G. 21. III. 81.) R. C. IV. (104.) 377. 3

13. Es ist durchaus unstatthaft, die wirkliche Abhörung eines Zeu durch Vermuthungen, wenn auch noch so wahrscheinliche, über das, er nur zu bekunden im Stande sein würde, zu ersetzen. Nur durch Gewißheit, daß, selbst wenn der Zeuge vollständig im Sinne des Bew führers aussagen sollte, dennoch dadurch kein Einfluß auf die anderwe bereits befestigte richterliche Ueberzeugung mehr ausgeübt werden wü könnte die Unterlassung der Vernehmung eines über erhebliche Thatsa vorgeschlagenen Zeugen als gerechtfertigt erscheinen. Daher ist es al dings öfters vom Reichsgerichte als zulässig bezeichnet worden, **die hörung eines Zeugen aus dem Grunde zu unterlassen, weil durch das P tokoll über seine Vernehmung in einem früheren Prozesse bereits ge beweislich dargethan sei, daß er damals etwas mit dem jetzt von ihm Bekundenden Unvereinbares ausgesagt habe, und weil deßhalb jetzt sei etwaigen entgegengesetzten Zeugnisse doch der Glauben würde versagt wer müssen.** Aber nicht leicht wird es vorkommen, daß mit Grund ein Rich im Voraus erklären könnte, er würde, selbst wenn der zum Gege beweise vorgeschlagene Zeuge das Gegentheil des von ihm in frühe Prozessen Bekundeten aussagen sollte, doch auf Grund dieser frühe

Digitized by Google

Zeugnisse den Beweis als erbracht ansehen. (R. G. 16. VI. 84.) R. C. XV. (85.) 335. 336. (S. auch R. G. 21. III. 81 in R. C. IV. (104.) 377 ff.)

14. **Beweiswürdigung auf Grund der in einem strafgerichtlichen Verfahren erhobenen unbeeidigten Zeugenaussagen.** Derselben darf nicht die Bedeutung eines in dem schwebenden Rechtsstreite unter Beobachtung der gesetzlichen Bestimmungen aufgenommenen Zeugenverhöres beigelegt werden; denn die Vorschriften über Vereidigung der Zeugen und die Anwesenheit der Parteien bei der Vernehmung bezwecken die möglichste Gewähr für die Ermittelung der objektiven Wahrheit, und der Grundsatz der freien Beweiswürdigung hat nicht die Tragweite, den Richter von der Befolgung der betreffenden Prozeßregeln zu entbinden. Bei Prüfung des Ergebnisses der mit den gesetzlichen Formen bekleideten Beweisaufnahme ist der Richter berechtigt, bei der Bildung seiner auf das Gesammtergebniß der Verhandlungen gegründeten Ueberzeugung auch auf schriftlich vorliegende verlesene unbeeidigte Zeugenaussagen als solche Rücksicht zu nehmen, und aus dem Umstande, daß die beiden Beweisaufnahmen sich gegenseitig ergänzen, auf die Richtigkeit der gewonnenen Ueberzeugung zu schließen. Diese Beweiswürdigkeit entspricht überall der Vorschrift des § 259 C. P. O. — (R. G. 26. VI. 85.) R. C. XV. (89.) 342. 343.

15. **Unzulässigkeit der Verwerthung von Protokollen eines Strafprozesses als vollgültige Beweismittel in einem Civilprozeß.** Dem Richter ist es nicht verwehrt, die Protokolle zur Bildung seiner Ueberzeugung zu benutzen, da der durch § 259 der R. C. P. O. anerkannte Grundsatz der freien Beweiswürdigung sich nicht auf das Ergebniß einer besonderen Beweisaufnahme beschränkt, sondern auf den gesammten Inhalt der Verhandlung ausgedehnt ist (vgl. Motive S. 207). Diese Protokolle haben jedoch keineswegs dieselbe Bedeutung, welche einer im Civilprozesse selbst nach den Vorschriften der R. C. P. O. erfolgten Beweiserhebung beizulegen ist; denn es mangelt denselben an denjenigen Garantieen, mit welchen das Gesetz behufs möglichst vollständiger Erforschung der objektiven Wahrheit die Beweisaufnahme in Civilrechtsstreitigkeiten umkleidet und auf deren Wahrung den Parteien ein gesetzlicher Anspruch zusteht. Diese Beweisaufnahme erfolgt nämlich vor dem Prozeßgerichte oder einem von diesem beauftragten Richter (§ 320), die Parteien können derselben beiwohnen (§ 322), den Zeugen Fragen vorlegen lassen, welche zur Aufklärung der Sache dienen oder die Glaubwürdigkeit der Zeugen betreffen (§ 362), und sind in der Lage, die Richtigkeit und Vollständigkeit der schriftlichen Beurkundung zu überwachen. Bei dem Sachverständigenbeweise ist ihnen ein Einfluß auf die Auswahl der Sachverständigen und das Recht der Ablehnung eingeräumt (§§ 369. 371.). Die bedeutendste Gewähr für die Wahrhaftigkeit der Erklärungen von Zeugen und Sachverständigen bietet aber das Gesetz durch deren Vereidigung (§§ 356 und 375). Alle diese Garantieen fehlen den Protokollen eines Strafprozesses. (R. G. 1. II. 84.) A. IX. (133.) 531. 532.

16. **Der Beweis der Zustellung kann auch durch andere Beweismittel als durch die Zustellungsurkunde geführt werden.** Das Gesetz hat für die Zustellung gewisse Formen vorgeschrieben und daran, soweit sie wesentlich sind, die Gültigkeit der Zustellung gebunden. Verschieden von der Frage,

Digitized by Google

ob diese Formen in einem gegebenen Falle beobachtet worden sind, ist aber die Frage, in welcher Weise solches bewiesen werden kann. Daß hierbei andere Normen maßgebend sein sollen, als sie für die Beweisführung im Allgemeinen bestehen, daß namentlich also der Beweis der Zustellung nur durch eine dieselbe betreffende Urkunde geführt werden dürfe, dafür spricht weder eine ausdrückliche noch eine aus dem Sinne und Zusammenhange der betreffenden Vorschriften der R. C. P. O. zu entnehmende Bestimmung. (R. G. 31. 1. 83.) A. VII. (115.) 377. 378.

17. Ueber die **freie Beweiswürdigung des Inhalts einer Urkunde überhaupt und der Handelsbücher, sowie der in solchen enthaltenen Aufzeichnungen insbesondere** (R. G. 22. X. 83) s. § 13 Ziff. 2 des Einf.-Ges. z. R. C. P. O. ad R. A. V. (242.) 627. 628. A. VIII. (106.) 480. 481.

18. **Beweiskraft der von einem Geschäftsführer vollzogenen Buchein-träge gegenüber dem Geschäftsherrn.** Für den Richter bestehen keine anderen zwingenden Beweisvorschriften als diejenigen, welche entweder in der C. P. O. selbst oder in den durch § 16 des Einf.-Ges. aufrecht erhaltenen Vorschriften des bürgerlichen Rechts aufgestellt sind. Und insbesondere ist die Annahme, daß ein zu führender Beweis vermöge der Kraft eines einzelnen Beweismittels als an sich erbracht anzusehen sei, dergestalt, daß es dem Gegner obliege, diesen Beweis durch Gegenbeweis zu entkräften, nur in denjenigen Fällen zulässig, in welchen eine entsprechende gesetzliche Beweisregel besteht (§ 259 Abs. 2 vgl. § 380 Abs. 2, § 383 Abs. 2 der C. P. O. und § 16 Nr. 1 des Einf.-Ges.). **Die Eintragungen in die Handelsbücher sind einseitig abgegebene Erklärungen, welche hinsichtlich ihrer Beweiskraft die Natur von Zeugnissen haben, deren Glaubwürdigkeit,** nachdem die Art. 34 ff. des H. G. B. durch § 13 Nr. 2 des Einf.-Ges. zur C. P. O. aufgehoben sind, **in Gemäßheit der Vorschrift des § 259 Abs. 1 der C. P. O. unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen sowie der erhobenen sonstigen Beweise nach freier Ueberzeugung zu würdigen sind.** Urtheil des Reichsgerichts vom 1. Dezember 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (302.) 450 f.

19. **Unzulässigkeit der Ergänzung des mündlich vorgetragenen Prozeßstoffes aus vorbereitenden Schriftsätzen oder Urkunden, die sich in Handakten befinden.** (R. G. 28. IV. 85.) U. u. A. II. (97.) 200.

20. **Beweis einer Eheschließung durch Indizien.** (R. G. 31. III. 84.) S. hierüber bei § 255 ad R. C. XI. (114.) 425—429. A. X. (37.) 174—178.

21. **Der Grundsatz des bürgerlichen Rechts, daß nur gegenüber Thatsachen, welche die eheliche Zeugung eines Kindes unmöglich machen, dessen Status beeinflußt wird, hat durch die R. C. P. O. keine Aenderung erfahren.** Soweit das bürgerliche Recht vorschreibt, daß nur dann, wenn Thatsachen feststehen, welche die eheliche Zeugung des Kindes unmöglich machen, der Status eines ehelichen Kindes wegfällt, besteht diese Vorschrift des bürgerlichen Rechts ungeändert fort. Richtig ist nur soviel, daß die Beweisführung über jene Thatsachen, welche die Unmöglichkeit der ehelichen Zeugung in sich begreifen, und welchen allein nach bürgerlichem Rechte die Kraft zur Beseitigung der gesetzlichen Regel über den Status

Digitized by Google

eines Kindes innewohnt, nach § 259 der C. P. O. eine uneingeschränkte ist, und daß es, wie Endemann in seinem Kommentare zur C. P. O. Bd. III S. 526 mit Recht ausführt, keine anderen Wahrheits- oder Wahrscheinlichkeitsschlüsse mehr für die Feststellung thatsächlicher Grundlagen gibt als diejenigen, welche die C. P. O. selbst anerkennt. (B. O. L. 11. IV. 85.) S. XI. (39.) 103. 106.

22. **Bei Klagen wegen Viehmängeln kann die Vernehmung der Vorbesitzer des Thieres nicht wegen der Vermuthung ihres eigenen Interesses** (Besorgniß vor Rückgriff auf sie selbst) **versagt werden.** (R. G. 21. IX. 85.) U. u. A. III. (156.) 351.

23. Die Revision kann nicht darauf gestützt werden, daß der Berufungsrichter **auf Grund einer,** von der in erster Instanz erkennenden Kammer für Handelssachen **aus eigener Sachkunde festgestellten Usance die Erhebung ungebotener Gegenbeweise abgelehnt hat.** (R. G. 22. IX. 80.) R. C. II. (105.) 383—385. A. II. (79.) 370—372.

24. Ueber **„etwaige Beweisaufnahme"** s. § 358 Ziff. 3 u. 4 ad R. C. X. (137.) 416.

25. **Abs. 1, Satz 2.** Indem der Satz 2 des § 259 vorschreibt, daß **in dem Urtheile die Gründe anzugeben seien, welche für die richterliche Beweiswürdigung leitend gewesen sind,** will er, wie die Motive zur Civilprozeßordnung hervorheben, eine sorgfältige Abwägung der für die Ueberzeugung des Richters bestimmenden Gründe sichern und dadurch Mißbräuchen vorbeugen, welche das Prinzip der freien Beweiswürdigung in seiner praktischen Anwendung ermöglicht. Offenbar kann diese Prozeßvorschrift verletzt erscheinen, wenn für eine bestimmte Beweisannahme gar keine Gründe angeführt sind, wenn dieselbe nur gelegentlich erwähnt wird, und wenn hieraus oder aus der Art der gegebenen Begründung positiv erhellt, daß der Richter mit Hintansetzung der vom Gesetz gebotenen Sorgfalt zu Werke gegangen ist. Andererseits leuchtet aber auch ein, daß nicht schon jede oberflächliche, lückenhafte, zu unbestimmt und allgemein gehaltene Darlegung der Beweisgründe eine revisible Gesetzesverletzung involvirt. Hier kommt namentlich in Betracht, daß das richterliche Urtheil in Beweisfragen sich häufig aus einer ganzen Reihe einzelner Momente zusammensetzt, welche sämmtlich aufzuführen oftmals kaum möglich ist, jedenfalls vom Gesetze nicht gewollt sein kann. Ob die gedachte Prozeßvorschrift verletzt, ist mithin ausschließlich nach den besonderen Verhältnissen des einzelnen Falles zu beurtheilen. (R. G. 31. I. 83.) R. C. VI. (44.) 170. 171.

26. Wenn dem Richter durch § 259 der R. C. P. O. zur Pflicht gemacht ist, nicht bloß das Ergebniß seiner freien Ueberzeugung bei Würdigung einer Beweiserhebung anzugeben, sondern auch die Gründe, welche ihn geleitet haben, und wenn er das Gesetz verletzt, falls er dieser Pflicht nicht nachkommt, so ist seine Verfehlung noch größer, wenn **von ihm eine stattgefundene Beweiserhebung völlig mit Stillschweigen übergangen wird,** obgleich er nach den Parteianträgen Anlaß hatte, sich über deren Ergebniß auszusprechen. (R. G. 28. III. 82.) A. V. (117.) 461.

27. Für den Fall der **Ablehnung eines angebotenen Zeugenbeweises** sind die Gründe anzuführen, welche für die richterliche Ueberzeugung leitend gewesen sind, und deßhalb hat der Richter auch anzugeben, warum

Digitized by Google

er einen angebotenen Beweis für belanglos erachtet; es hat dies um so mehr zu geschehen, da sonst z. B. nicht beurtheilt werden kann, ob das Ber.-Ger. nicht die ihm in § 259 eingeräumte Befugniß überschritten hat. Dies würde z. B. der Fall sein, wenn es die Vernehmung der Zeugen unterlassen hätte, weil es der Ansicht gewesen, daß dieselben nicht glaubwürdig seien, oder daß sie dasjenige, was sie aussagen sollen, nicht bestätigen können, da beides sich erst bei ihrer Vernehmung ergeben kann. Urtheil des obersten L. G. f. Bayern v. 7. Jan. 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 161 S. 225. 226.

28. **Der Richter hat sich im Einzelfalle darüber auszusprechen, warum er die Beweiskraft von Handelsbüchern verneint.** (R. G. 10. XII. 81.) R. C. VI. (101.) 345—348. A. V. (18.) 88—90. S. hierüber bei § 13 Abs. 2 des Einf.-Ges. zur R. C. P. O. eodem.

29. **Aufhebung eines Berufungsurtheiles wegen Mangels an Begründung bei vorhandenem Widerspruche eines thatsächlichen Entscheidungsgrundes mit den im Thatbestande angezogenen Urkunden.** (R. G. 29. IX. 82 bezw. 29. IX. 82.) R. C. VIII. (90.) 335 bezw. (3.) 7.

30. S. hierüber noch bei § 513 Ziff. 7 ad (R. G. 3. XII. 80.) R. C. III. (109.) 389. 390. VIII. (94.) 342. A. III. (28.) 100. 101.

31. **Abs. 2.** An **gesetzliche Beweisregeln** erachtet § 259 der Civilprozeßordnung nur noch in den durch dieses Gesetz, also die Civilprozeßordnung selbst, bezeichneten Fällen das Gericht gebunden. Von diesen allein noch zulässigen Beweisregeln **können nur die in den §§ 382 und 383 der Civilprozeßordnung enthaltenen Vorschriften in Frage kommen. Demgemäß können Verfügungen, welche nach den §§ 20 bis 33 des Reichs-Patentgesetzes vom 25. Mai 1877 getroffen worden sind, in einem aus einer Patentertheilung entstandenen Rechtsstreite an sich nicht als bindende Beweismomente angesehen werden,** denn die formalen Bestimmungen in den §§ 20 bis 33 l. c. beziehen sich lediglich auf das verwaltungsrechtliche Verfahren zur Erledigung der Frage, ob seitens des Reichspatentamts ein Patent zu ertheilen oder ein ertheiltes Patent patentamtlich wieder für nichtig zu erklären oder zurückzunehmen sei. Es geht aber nicht an, aus diesen verwaltungsrechtlichen Vorschriften Beweisregeln für einen nach Maßgabe der Civilprozeßordnung zu verhandelnden Rechtsstreit abzuleiten. (B. O. L. 5. XII. 84.) S. X. (223.) 595.

Ermittelung des Schadens.

§ 260.

§ 260.

Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei, und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung. Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amtswegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen. Das Gericht kann anordnen, daß der Beweisführer den Schaden oder das Interesse eidlich schätze. In diesem Falle hat das Gericht zugleich den Betrag zu bestimmen, welchen die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf.

Die Vorschriften über den Schätzungseid werden aufgehoben.

§ 135.

R. G. über das Urheberrecht v. 11./6. 70 § 19. R. Haftpfl. G. v. 7./6. 71 §§ 6, 7. Markenschutz G. v. 30./11. 74 § 16. H. G. B. Art. 27.

Digitized by Google

1. Der § 260 sanktionirt abweichend von dem Wortlaute des § 259 den Grundsatz der freien Beweiswürdigung bei Schadensansprüchen in der Ausdehnung, daß es **ausschließlich dem Ermessen des Gerichtes anheimgestellt** wird, **eine beantragte Beweisaufnahme über die Existenz oder die Größe eines behaupteten Schadens anzuordnen oder den Schaden ohne Beweiserhebung für dargethan anzunehmen.** (R. G. 9. III. 82.) R. C. VI. (54.) 198.

2. Der § 260 erklärt den Richter für befugt, nicht bloß über die Höhe des Schadens, sondern auch über die Frage, ob ein Schaden entstanden sei, unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, und zwar ohne Berücksichtigung gestellter Beweisanträge. **Diese freie Würdigung erstreckt sich,** wie es die Motive ausdrücklich aussprechen, **insbesondere auch auf die Frage des Kausalzusammenhanges.** Der Gesetzgeber geht davon aus, daß betreffs der Frage, ob und welcher Schaden durch eine widerrechtliche Handlung entstanden sei, in den meisten Fällen ein strenger und vollständiger Beweis absolut unmöglich sei, also in ganz ungerechtfertigter Weise Derjenige, der widerrechtlich handelte, begünstigt und Derjenige, dessen Rechte verletzt wurden, benachtheiligt würde, wollte man einen solchen Beweis verlangen. Er gibt daher dem richterlichen Ermessen den weitesten Spielraum; es soll genügen, daß der Richter in Fällen, wo eine genauere Ermittelung nicht möglich ist, nur im Allgemeinen die Ueberzeugung gewinnt, es müsse ein Schaden aus der widerrechtlichen Handlung entstanden sein, und daß er diesen Schaden nach freiem Ermessen schätzt, wobei selbstverständlich, wo bestimmtere Anhaltspunkte fehlen, dasjenige Maß zu greifen ist, welches der Sachlage nach mindestens gerechtfertigt erscheint. (R. G. 24. II. 82.) R. C. VI. (107.) 357. (R. G. 8. I. 83. in R. C. IX. (120.) 418.)

3. Wenn schon nach § 259 C. P. O. dem Richter volle Freiheit gegeben ist, unter Berücksichtigung des gesammten Inhaltes der Verhandlung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei, so **tritt nach § 260 a. a. O. die Freiheit richterlicher Würdigung in noch erhöhtem Maße ein, wenn es sich um die Frage handelt, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden belaufe. Ueber diese beiden Fragen soll der Richter nach freiestem Ermessen, ohne jede Hemmung durch Beweisregeln und Beweiserbieten entscheiden dürfen.** Wie schon der Wortlaut ergibt, übrigens in den Motiven zu § 250 des Entwurfes (jetzt § 260) der Civilprozeßordnung ausdrücklich ausgesprochen ist, und zwar unter Bezugnahme auf die norddeutschen Protokolle S. 686, **erstreckt sich dieses freie Ermessen namentlich auch auf die Frage des Kausalzusammenhanges zwischen Schaden und Verschulden.** Es kann demnach keine Rechtsverletzung darin gefunden werden, wenn der Richter erklärt, er nehme zwar nur als erwiesen an, daß nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge (der Regel nach) der Schaden nicht eingetreten sein würde, wenn das in Frage stehende Verschulden nicht stattgefunden, erachte aber danach den Kausalzusammenhang für gegeben, solange nicht ein Ausnahmefall erwiesen sei. Er macht hiermit nur von dem ihm zustehenden Ermessen Gebrauch in gleicher

Digitized by Google

Weise wie im Falle, wo er auf bloße Wahrscheinlichkeitsgründe hin die Höhe des Schadens festsetzt. Ein Rechtsgrundsatz des Inhaltes, daß der Richter den Kausalzusammenhang nur annehmen dürfe, wenn er die Ueberzeugung habe und feststelle, daß der Schaden die nothwendige, jede andere Möglichkeit ausschließende Folge des Verschuldens gewesen sei, ist nicht anzuerkennen, jedenfalls nicht dem § 260 a. a. O. gegenüber. Ein solcher Rechtssatz würde zur Folge haben, daß bei Versäumung von Vorsichtsmaßregeln, die nur relativen Schutz gewähren, die nicht geeignet sind, gewisse Unfälle gänzlich auszuschließen, sondern nur der Regel nach ihr Eintreten zu verhindern, es geradezu unmöglich sein würde, den Beweis des Kausalzusammenhanges zu führen. In derartigen Fällen läßt sich nachträglich nie mit voller Sicherheit bestimmen, was eingetreten sein würde, wenn die Vorsichtsmaßregel befolgt worden wäre. Die Folge wäre, daß Derjenige, welcher durch sein Verschulden den Beschädigten in die schlimme Lage versetzt hat, einen strengen Beweis des Kausalzusammenhanges nicht führen zu können, diese Lage zu seinem Vortheile ausbeuten und die Verantwortlichkeit für seine widerrechtliche Handlung mit dem einfachen Hinweise auf die Möglichkeit, daß, trotz Beobachtung der Vorsichtsmaßregel der Unfall sich dennoch hätte ereignen können, ablehnen könnte. Solche Uebelstände zu verhüten, ist eben der Zweck des § 260 a. a. O. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civilsachen Bd. 1 S. 274. 275.) (R. G. 6. XI. 83.) R. C. X. (18.) 65. 66.

4. **Der § 260 Abs. 1 C. P. O. soll verhindern, daß in Fällen, wo nach der eigenen Annahme des Gerichts die Existenz eines zu ersetzenden Schadens im allgemeinen unzweifelhaft ist, dennoch wegen mangelnder Substantiirung eines bestimmten Betrages der ganze Anspruch abgewiesen werde.** Zu diesem Zwecke ist dem Gerichte ein völlig freies Ermessen eingeräumt; es ist demselben daneben für den Fall, daß es ihm zu bedenklich scheinen sollte, unmittelbar davon Gebrauch zu machen, überlassen, etwa dem Beweisführer die eidliche Schätzung des Schadens anheimzugeben, oder von Amts wegen das Gutachten Sachverständiger einzuholen. (R. G. 15. X. 83.) R. C. X. (20.) 78.

5. **Derjenige, welcher Schadensersatz verlangt, wird im eigenen Interesse wohl daran thun, den Eintritt des Schadens und dessen Höhe möglichst eingehend zu begründen und insbesondere, wenn er entgangenen Gewinn fordert, die Richtung anzugeben, in welcher der Gewinn in Aussicht genommen war;** denn in Ermangelung solcher Angaben gelangt der Richter möglicherweise nicht zu der Ueberzeugung, daß dem Betreffenden ein Gewinn überhaupt oder in der beanspruchten Höhe entgangen sei. **Allein die Civilprozeßordnung erkennt eine formale Verpflichtung zur Substantiirung des Schadens in der Art nicht an, daß die Schadensforderung einfach aus dem Grunde mangelnder Substantiirung abgewiesen werden könnte,** und daß der Richter der Würdigung der Umstände, aus welcher er möglicherweise die Ueberzeugung von dem Eintritte und der Größe des Schadens gewinnen kann, dann überhoben wäre, wenn diese Umstände nicht geltend gemacht sind. Im Gegentheile ist dem Richter zur Pflicht gemacht, alle diejenigen Schritte zu thun, welche nach seinem Ermessen geeignet sind, ihm die für seine Entscheidung erforderlichen Grundlagen zu gewähren.

Digitized by Google

Insbesondere ist er auch verpflichtet, sich dazu des ihm zustehenden Fragerechtes in vollem Umfange zu bedienen (§§ 260. 130 C. P. O.). (R. G. 26. IX. 83.) R. C. X. (130.) 405. A. VIII. (114.) 435. 436.

6. **Inwiefern es zur Anwendbarkeit des § 260 erforderlich ist, daß die Partei den erlittenen Schaden thatsächlich näher substantiirt und beweist.** (R. G. 8. I. 83.) Hierüber s. R. C. IX. (120.) 419.

7. **Um die bei den Schädenprozessen nach den bisherigen Grundsätzen über das Beweisverfahren hervorgetretenen Mißstände, insbesondere die Schwierigkeit des Nachweises der Höhe des eingetretenen Schadens und des Kausalzusammenhanges zwischen der schädigenden Handlung und dem eingetretenen Schaden durch die gewöhnlichen Beweismittel, zu beseitigen, ist in § 260 C. P. O., über den in § 259 C. P. O. aufgestellten Grundsatz der freien Beweiswürdigung hinausgehend, dem richterlichen Ermessen ein weitgehender Spielraum gewährt,** indem über die Frage, ob ein Schaden entstanden und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung zu entscheiden hat, und seinem Ermessen es überlassen ist, ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amts wegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei. **Die Vorschrift des § 260 der R. C. P. O. findet** aber **in dem gerichtlichen Verfahren, betreffend die dem Grundeigenthümer für die ihm enteigneten Grundstücke zu gewährende Entschädigung keine Anwendung,** weil es sich dabei um die Feststellung eines Schadens im Sinne des § 260 und des dafür zu gewährenden Ersatzes nicht handelt. Aus Gründen des öffentlichen Wohles kann das Grundeigenthum nur gegen vollständige, der Regel nach vor der Abtretung zu zahlende Entschädigung entzogen oder beschränkt werden. Wie das in Folge der Enteignung zwischen dem Expropriaten und dem Expropriaten entstehende Rechtsverhältniß rechtlich zu konstruiren, insbesondere wie der Anspruch des letzteren auf vollständige Entschädigung aufzufassen sei, und welcher Rechtsgrund der Verpflichtung des ersteren zur Zahlung dieser Entschädigung zu Grunde liege, ist in der Theorie und Praxis sehr bestritten. Eine große Zahl von Schriftstellern faßt dieses Rechtsverhältniß als einen nothwendigen Verkauf, einen Zwangsverkauf, auf und es hat diese Auffassung sowohl bei den Gerichten, als in der Gesetzgebung (vgl. Gerber, Deutsches Privatrecht § 174b; Beseler, Deutsches Privatrecht § 92; Häberlin, Archiv für civilistische Praxis Bd. 39 S. 200; Martin, Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 9 S. 70; Koch, Deutschlands Eisenbahnen S. 34; Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht Bd. 2 S. 170; Dalcke, Expropriationsgesetz von 1874 S. 129; Löbell, Das preuß. Enteignungsgesetz S. 22; Seuffert, Archiv Bd. 4 Nr. 117, Bd. 14 Nr. 226, Bd. 34 Nr. 305; Preuß. A. L. R. I. 11 § 4; Hamburger Gesetz vom 26. April 1841 § 4; Nassauisches Gesetz vom 12. Juni 1838 § 19) Anerkennung gefunden. Folgt man dieser Auffassung, so kann für die Feststellung der dem Expropriaten zu gewährenden Entschädigung, wenn darüber im gerichtlichen Verfahren, nach Erledigung des Verfahrens vor den Verwaltungsbehörden, gestritten wird, die Vorschrift des § 260 C. P. O. keine Anwendung finden. Denn dann handelt es sich nicht um den Ersatz eines dem Expropriaten zugefügten Schadens, sondern um die Feststellung

Digitized by Google

des Kaufpreises, welcher, statt durch die Vereinbarung der Kontrahenten, in dem gesetzlich geregelten Verfahren durch die Verwaltungsbehörde, bezw. durch das Gericht festgesetzt wird und in dem vollen Werthe des enteigneten Grundstückes besteht, welcher nach den verschiedenen Expropriationsgesetzen nach verschiedenen Grundsätzen zu berechnen ist. Dieser Auffassung, welche in neuerer Zeit lebhaft bekämpft worden ist, stehen aber erhebliche Bedenken entgegen, indem namentlich mit Recht hervorgehoben wird, daß dieselbe auf einer unhaltbaren, dem wahren Sachverhalte nicht entsprechenden Fiktion, der Ergänzung des fehlenden Konsenses des Verkäufers durch das Gesetz, beruhe, welche nicht einmal geeignet sei, die rechtlichen Vorgänge und Wirkungen bei der Enteignung zu erklären, wenn die vom Kauf geltenden Rechtsnormen wirklich zur Anwendung kämen. (Stobbe, Deutsches Privatrecht § 92; Thiel, Das Expropriationsrecht S. 4 ff.; Meyer, Expropriation S. 192; Stein, Verwaltungslehre Bd. 7 S. 314; Laband, Archiv für civil. Praxis Bd. 52 S. 171; Grünhut, Enteignungsrecht S. 178; Gengler, Deutsches Privatrecht § 50; Rohlandt, Enteignungsrecht S. 19; Burkhardt, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. N. F. Bd. 6 S. 221; Seuffert, Archiv Bd. 4 Nr. 41, Bd. 13 Nr. 34, 35, 36, Bd. 25 Nr. 29.) Es ist vielmehr der Ansicht beizutreten, daß das durch die Enteignung entstehende Rechtsverhältniß weder als ein rein privatrechtliches aufzufassen, noch als ein vollständig dem öffentlichen Rechte angehörendes zu betrachten sei, sondern daß die Berechtigung zur Expropriation und die Verpflichtung, dieselbe sich gefallen zu lassen, auf dem öffentlichen Rechte beruhe, daß aber die Wirkungen der Ausübung des Expropriationsrechtes, der Uebergang des Eigenthumes auf den Exproprianten und die Verpflichtung desselben zur Leistung voller Entschädigung an den Expropriaten dem Privatrechte angehören. Diese Verpflichtung insbesondere ist zwar eine Folge eines im öffentlichen Rechte begründeten Aktes des Staates, hat aber einen normalen privatrechtlich obligatorischen Charakter. Sie beruht auf einem quasikontraktlichen Verhältnisse und ist gerichtet auf Erstattung des vollen Werthes des enteigneten Grundstückes. Auch bei dieser Auffassung handelt es sich aber in dem gerichtlichen Verfahren, in welchem die in dem voraufgegangenen Verwaltungsverfahren ermittelte und festgesetzte Entschädigung von dem Exproprianten oder dem Expropriaten als zu niedrig, bezw. als zu hoch bemessen angefochten wird, nicht um die Geltendmachung und Festsetzung des Schadensersatzanspruches, sondern um die Ermittelung und den Ersatz des Werthes des enteigneten Grundstückes unter Berücksichtigung der nach dem betreffenden Expropriationsgesetze für die Ermittelung dieses Werthes aufgestellten Grundsätze. Dabei kann (insbesondere auch, wenn es um die Abschätzung des Kapitalwerthes sich handelt, welche unter Berücksichtigung der örtlichen Kaufpreise und Verhältnisse auf denjenigen Werth zu richten ist, den der Gegenstand bei Verkäufen zu haben pflegt und bei welchem außerdem der besondere Werth zu berücksichtigen ist, welchen der Gegenstand nach den besonderen Verhältnissen des Expropriaten für diesen hatte, sowie die besonderen Nachtheile und Verluste, welche für ihn durch die Abtretung entstehen) den Parteien nicht das Recht entzogen oder beschränkt werden, durch die ordentlichen Beweismittel, insbesondere durch Zeugen und Sachverständige,

Digitized by Google

den Nachweis zu führen, wie hoch der Werth des enteigneten Grundstückes sei, bezw. welchen Einfluß die besonderen Verhältnisse auf die Berechnung des Werthes des enteigneten Grundstückes haben. **Das Gericht erscheint daher nicht befugt, wenn die Parteien in dem an das Verwaltungsverfahren sich anschließenden, gerichtlichen Verfahren Beweise für die von ihnen über den Werth des enteigneten Grundstückes, bezw. über die Höhe der zu gewährenden Entschädigung geltend gemachten relevanten Thatsachen angeboten haben, diese Beweisaufnahme abzulehnen und in Gemäßheit der Vorschrift in § 260 der C. P. O. aus freier Ueberzeugung den Betrag der dem Expropriaten zu gewährenden Entschädigung festzusetzen, sondern das Gericht hat die angebotenen Beweise aufzunehmen und über das Ergebniß nach § 259 C. P. O. nach freier Ueberzeugung zu entscheiden.** (R. G. 2. XII. 84.) R. C. XII. (120.) 402—407.

8. **Der Antrag auf „Zusprechung einer Entschädigung nach Feststellung des Betrages durch Sachverständige" ist prozessualisch nicht unzulässig.** Gegenüber der dem Richter obliegenden freien Würdigung bei Schadensansprüchen, unter eventueller amtlicher Zuziehung von Sachverständigen kann auch der Umstand, daß die Prozeßpartei die Bezifferung des Schadens unterläßt und auf die Ermittelung des Betrages durch Sachverständige provozirt, kein ausreichender Grund zur Zurückweisung des Anspruches sein, um so weniger, als dem Richter die Aufgabe zugewiesen ist, etwaige Unvollständigkeiten der Parteivorträge durch geeignete Fragen zu beseitigen (§ 130.) (R. G. 3. X. 83.) R. C. X. (47.) 175.

9. **Die l. unic. Cod. de sent. 7, 47 ist durch art. 260 C. P. O. nicht beseitigt.** Der § 260 ertheilt dem Richter für die Festsetzung von Schadensersatzansprüchen eine durch praktische Rücksichten bestimmte Anleitung und Ermächtigung. Von dieser prozessualischen Vorschrift ganz unabhängig ist aber die in l. unic. cit. enthaltene civilrechtliche Norm, kraft welcher das Forderungsrecht des Beschädigten beschränkt wird. (R. G. 11. XII. 83.) R. C. X. (52.) 194. 195.

10. **Begrenzung der Pflicht des Gerichtes, von dem Fragerechte nach § 130 C. P. O. Gebrauch zu machen und den streitigen Betrag eines Schadens nach § 260 C. P. O. zu arbitriren.** (R. G. 1. VII. 82.) S. hierüber bei § 130 ad R. C. VII. (113.) 368—370.

11. Der Begriff **Interesse** wird definirt als die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde. (Vgl. Mommsen. Zur Lehre von dem Interesse S. 4; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 3. Aufl. Bd. 2 S. 27 §§ 257 258 Nr. 1; Förster, Theorie und Praxis 2. Aufl. Bd. 1 S. 525 bei Note 5 § 89, § 696, § 106; A. L. R. I. 5. § 286). Voraussetzung einer Interesseforderung ist der Eintritt einer beschädigenden Thatsache. Die bloße Nichterfüllung einer Obligation erzeugt nicht ohne weiteres statt derselben eine Interesseforderung. Die alte Obligation bleibt bestehen, und der Gläubiger hat aus dem ursprünglichen Verpflichtungsgrunde seinen Anspruch herzuleiten. Aus der Verzögerung der Erfüllung kann nebenher

Digitized by Google

ein besonderer Interessenanspruch wegen verzögerter Erfüllung erwad
(R. G. 4. XI. 82.) R. C. VIII. (56.) 224.

12. **Es ist unzulässig, bei einer Geldforderung, welche sich als das ergebniß bestimmter feststehender oder noch festzustellender Einnahme- Ausgabeposten herausstellt, also auf ganz bestimmten Rechnungsfaktoren ruht, über alle diese Einzelheiten wegzugehen und eine Schätzung des erkennenden Geldbetrages „unter Würdigung aller Umstände nach f Ueberzeugung" gemäß § 260 vorzunehmen.** So umfangreich auch inh der Motive zu § 260 die Befugnisse des Richters bei Beurtheilung Vorhandenseins eines Schadens, der Höhe desselben und eines zu erse den Interesses haben bemessen werden sollen, so ist doch die im § enthaltene Ausnahme von der im § 259 aufgestellten Regel für die urtheilung des Beweises über die Voraussetzungen des § 260 — Schad und Interesseforderung — nicht auszudehnen. (R. G. 4. XI. R. C. VIII. (56.) 225.

13. **Die Festsetzung des Schadens ist zwar gemäß § 260 C. P. dem freien richterlichen Ermessen anheimgestellt, demungeachtet unter dieselbe der Revision, wenn die Gründe erkennen lassen, daß der Ri bei der Schätzung den Rechtsbegriff eines vorhandenen Schadens richtig erkannt habe.** (R. G. 29. IV. 87.) R. C. XVIII. (72.)

14. In § 260 ist nur bestimmt, daß das Gericht nach freier Ue zeugung darüber entscheidet, wie hoch sich der Schaden beläuft. hiervon verschiedene Frage ist aber, wie der Schaden zu berechnen Denn durch die Beantwortung dieser Frage wird der Schaden präzi über dessen Höhe vom Gerichte nach freier Ueberzeugung zu entsche ist. **Die Revision ist daher bezüglich der Schadensberechnung zul** (B. O. L. 19. XI. 81.) S. IX. (113.) 358. 359.

15. **Eine Beschwerde des Beklagten und Revisionsklägers gegen Verwerfung eines Entschädigungsanspruches in angebrachter Art ist nicht zu beachten, wenn der Beklagte in der Revisionsinstanz erklärt, er Beschwerde erhoben habe, weil nicht die definitive Verwerfung des spruches erfolgt sei, insoweit aber die Beschwerde sich als unbegründet stellt.** (R. G. 3. X. 83.) R. C. X. (47.) 175. (R. C. X. (136.)

Gerichtliches Geständniß.

§ 261.

§ 261.

Die von einer Partei behaupteten Thatsachen bedürfen insoweit keines Bew als sie im Laufe des Rechtsstreits von dem Gegner bei einer mündlichen Verhand oder zum Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters zugestanden sind.

Zur Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses ist dessen Annahme nicht e derlich.

§§ 81, 494, 577.

1. **Ein gerichtliches Geständniß ist ein Dispositionsakt, wodurch eine Partei der anderen den ihr obliegenden Beweis erläßt; Gegenst des Beweises sind aber nur thatsächliche Behauptungen (§ C. P. O.), nicht auch die aus diesen zu ziehenden rechtlichen Folgerun demnach können auch nur die von einer Partei behaupteten Thatsa Gegenstand des Geständnisses sein (§§ 261. 264 C. P. O.).** Wenn den Ausführungen von Savigny, System Bd. 3 S. 45, auch Re

Digitized by Google

verhältnisse zugestanden werden können, so gilt dies doch nur für Rechtsverhältnisse von so einfacher Natur, daß die Anführung des Rechtsbegriffes (Kauf, Darlehen ꝛc.) der Zerlegung desselben in seine einzelne Momente gleich zu erachten ist. (R. G. 29. V. 83.) R. C. X. (111.) 365.

2. Die Reichs-Civilprozeßordnung hat den Begriff **„Geständniß"** nicht definirt; wie sich aber aus den Motiven zum Entwurfe des Gesetzes (S. 476) ergibt, hat sie nicht nur nicht die Absicht gehabt, in dieser Beziehung von der Lehre des gemeinen Rechtes abzuweichen, sondern sich dieser ausdrücklich angeschlossen, da nach den Motiven das gerichtliche Geständniß kein die Ueberzeugung des Richters bestimmendes Beweismittel, sondern eine durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über das streitige Recht ist. **Hieraus folgt, daß das Geständniß sich nur auf Thatsachen beschränken kann, und daß insbesondere die rechtliche Auffassung der Eigenschaft eines Rechtsgeschäfts kein Gegenstand eines Geständnisses sein kann.** (B. O. L. 16. I. 82.) S. IX. (145.) 469. 470.

3. **Unbestrittener Rechtssatz ist es, daß, wenn in einer von einer Partei vor Gericht abgegebenen Erklärung ein gerichtliches Geständniß erblickt werden soll, außer dem animus confitendi, die Erklärung selbst bestimmt und deutlich sein muß, und daß, wenn die Erklärung Zusätze oder Einschränkungen enthält, welche das Zustandekommen des vom Gegner behaupteten Rechtsgeschäfts in Frage stellen, kein Geständniß, sondern lediglich indirektes Läugnen des Klagegrundes vorliegt.** (Seuffert, Kommentar zur Reichs-Civilprozeßordnung zu § 262 Abs. 2 S. 316.) — (B. O. L. 16. I. 82.) S. IX. (145.) 470. 471.

4. **Der Ausdruck „unbestritten" in einem Urtheilsthatbestande ist nicht gleichbedeutend mit „zugestanden"; er weist vielmehr eher auf ein fingirtes Geständniß (§ 129 Abs. 2). Letzteres steht der Anführung neuer Thatsachen nicht im Wege (§ 493).** (R. G. 9. V. 82.) A. VI. (23.) 131. 132.

S. noch bei § 262 und § 263 Nr. 1.

Gebührenordnung für Rechtsanwälte.

5. **Die volle Gebühr der §§ 9. 13,2 der Geb. O. für Rechtsanwälte kommt zum Ansatz, wenn der Antrag auf Klagabweisung** (auch bei Anerkennung des Klaganspruchs, §§ 261. 278 der R. C. P. O.) **gestellt wird.** (R. G. 14. XI. 82.) A. VII. (26.) 85 f.

§ 262. **§ 262.**

Die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß demselben eine Behauptung hinzugefügt wird, welche ein selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel enthält.

Inwiefern eine vor Gericht erfolgte einräumende Erklärung ungeachtet anderer zusätzlicher oder einschränkender Behauptungen als ein Geständniß anzusehen sei, bestimmt sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles.

1. **Geständniß** im Civilprozeß ist die Aeußerung einer Partei, wodurch dieselbe eine Thatsache als wahr anerkennt, welche von ihrem Gegner im gerichtlichen Streitverfahren gegen sie geltend gemacht werden kann. Es bildet in dieser Begriffsbestimmung das wesentlichste objektive Merkmal, daß die Selbstaussage der Partei von dem Gegner zu ihrem Nachtheil benützt werden kann; behauptet sie etwas zu ihrem Vortheil, so ist solche Aeußerung kein Geständniß. (Bayer, Vorträge über Civilprozeß, 9. Aufl., § 220.) Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 2. Juli 1886. S. XI. (183.) 469.

Digitized by Google

2. Das außergerichtliche Geständniß bedarf der Beurkundung §§ 270 Abs. 2, 284, 315, 470. Das in einem vorbereitenden Schriftsatz abgegebene Geständniß ist kein gerichtliches im Sinne des § 262. Entsch. des R. G. vom 28. X. 82.

§ 263.

§ 263.

Der Widerruf hat auf die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses nur dann Einfluß, wenn die widerrufende Partei beweist, daß das Geständniß der Wahrheit nicht entspreche und durch einen Irrthum veranlaßt sei. In diesem Falle verliert das Geständniß seine Wirksamkeit.

1. Der § 263 bezieht sich auf den Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses. Ein solches liegt nach § 261 der R. C. P. O. nur insofern vor, als Thatsachen im Laufe des Rechtsstreites bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokoll eines beauftragten oder ersuchten Richters von dem Gegner zugestanden sind. **Ein in einem vorbereitenden Schriftsatz enthaltenes Zugeständniß kann** hiernach als ein **gerichtliches nicht angesehen werden.** Daß die R. C. P. O. in diesem Sinne zu verstehen ist, wird durch die Motive bestätigt. Nach diesen (zu §§ 251 bis 255 des Entwurfs) ist bei den unverändert in das Gesetz übergegangenen Bestimmungen des Entwurfs über das gerichtliche Geständniß der Gedanke leitend gewesen, daß ein solches kein die Ueberzeugung des Richters bestimmendes Beweismittel, sondern eine durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über das streitige Recht sei. Ferner heißt es in den Motiven: „Aus allgemeinen Prozeßgrundsätzen folgt, daß nur das im Laufe des Rechtsstreits bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokoll eines beauftragten oder ersuchten Richters abgelegte Geständniß als ein gerichtliches betrachtet werden darf, daß mithin Geständnisse, welche in einem anderen Rechtsstreite oder in einem vorbereitenden Schriftsatze abgelegt sind, als außergerichtliche aufgefaßt werden müssen. (R. G. 28. X. 82.) A. VII. (22.) 81.

2. **Der Widerruf eines Geständnisses kann, abgesehen von dem Falle der §§ 81. 86 C. P. O., ebensowohl von dem Gestehenden, als von einer anderen Person erklärt werden, sei diese letztere nun die Partei, wenn sie im Anwaltprozesse nach § 128 Abs. 4 C. P. O. auf Antrag zum Worte verstattet wird, sei es ihr gesetzlicher oder bevollmächtigter Vertreter.** Es unterliegt daher keinem Anstande, daß ein Prozeßbevollmächtigter das Geständniß einer Partei zurücknimmt, wenn er es auch nicht abgelegt hat. (R. G. 26. I. 83.) R. C. XI. (108.) 406. A. VII. (117.) 382.

3. **Dem Widerrufe eines in erster Instanz abgelegten Geständnisses steht in der zweiten Instanz unter den in § 263 C. P. O. vorgeschriebenen Voraussetzungen der Umstand nicht entgegen, daß dasselbe dort unangefochten geblieben ist.** Dasselbe hat für das Berufungsgericht keine andere, insbesondere keine stärkere Wirkung als für den ersten Richter. Deßhalb kann es auch noch in zweiter Instanz widerrufen werden, in welcher der Rechtsstreit ohnehin innerhalb der durch die Berufungsanträge gezogenen Grenzen von neuem verhandelt wird. Auch kommt darauf nichts an, ob die Gründe des Widerrufes dem Gestehenden schon bekannt waren, bevor noch die Sache an das Berufungsgericht gelangte oder erst während der Verhandlung vor dem letzteren bekannt geworden sind (vgl. §§ 487.

Digitized by Google

494 C. P. O.). (R. G. 26. I. 83.) R. C. XI. (108.) 406. II. (117.) 381. 382.

4. **Wesen und Wirksamkeit des in einem Rechtsstreite erklärten Widereiner vorher gemachten Behauptung, daß gewisse Grundstücke nicht gegenstand gewesen, sondern nur aus Versehen in die Vertragsurkunde fgenommen worden seien.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern Juli 1886. S. XI. (183.) 466 ff.

5. **Das Gesetz unterscheidet nicht, ob der Irrthum ein thatsächlicher ein Rechtsirrthum, ein verschuldeter oder unverschuldeter war, verlangt ehr nur den Beweis eines die Annahme des Verpflichtungswillens des Verzichtes auf Beweisführung ausschließenden kasualen Irrthumes.** § 261 C. P. O. u. Motive S. 476; Seuffert, Endemann Wilmowsky-Levy, Kommentare zu § 263 C. P. O.; Wach rchiv für civ. Praxis Bd. 64 S. 248 f. S. 254 f.) Dieser Bebraucht aber nicht immer besonders geführt zu werden; er kann uch aus den begleitenden Umständen, insbesondere daraus ergeben, das Nichtbestehen der vorausgesetzten Verbindlichkeit dargethan wird. G. 26. I. 83.) R. C. XI. (108.) 408. A. VII. (117.) 382. 383.

6. **Die Partei darf auch solche, der Wahrheit entgegenlaufende Geaisse ihres Anwaltes zurücknehmen, die nur aus einem Irrthume des en hervorgegangen sind.** Der § 263 der R. C. P. P. unterscheidet zwischen Irrthum der Partei und Irrthum des Vertreters, trifft beide Fälle und mußte beide Fälle treffen, weil nach § 81 der . P. O. der Prozeßbevollmächtigte ganz an die Stelle der Partei sodaß insbesondere seine gerichtlichen Geständnisse (vorbehältlich des rrufs der etwa mit anwesenden Partei) als von der Partei selbst kte Prozeßhandlungen gelten (zu vgl. auch die Motive zu §§ 79, –255 des Entwurfs der R. C. P. O. S. 105 ff., 211). (R. G. V. 81.) A. IV. (22.) 77.

Notorietät.

§ 264. **§ 264.**

Thatsachen, welche bei dem Gericht offenkundig sind, bedürfen keines Beweises.

1. **Die Offenkundigkeit, vermöge deren die Partei des Beweises, den nft zu führen haben würde, überhoben ist (§ 264 C. P. O.), muß allgemein anerkannte wissenschaftliche Wahrheiten ebenso angewendet n, wie auf Vorgänge des weltgeschichtlichen und Naturlebens, deren tniß ein Gemeingut aller verständigen Menschen ist.** (Vgl. Wetzell, prozeß § 20 a. E.) Von diesem Gesichtspunkte aus wird das Re**sgericht, wenn es sich um einen als offenkundig hingestellten Satz lt, für den Offenkundigkeit nur für einen beschränkten, dem Bereiche Berufungsgerichtes angehörigen Kreis von Menschen angesprochen wird, Regel nach an die im Berufungsurtheile enthaltene Feststellung der kundigkeit, wie an eine thatsächliche Feststellung gebunden sein. Da wird, wenn das Berufungsgericht einen Satz als eine unbestrittene emeine wissenschaftliche Wahrheit hingestellt hat, dem das Revisionst diese Bedeutung beizulegen nicht in der Lage ist, das letztere Gericht Verletzung der Rechtsnorm des § 264 C. P. O. für vorliegend zu en haben. Wird aber der vom Berufungsgerichte aufgestellte Satz

Digitized by Google

darauf, ob ihm die Bedeutung einer allgemein geltenden wissenschaftlichen Wahrheit zukommt, geprüft, so muß dem vom Berufungsgerichte zur Grundlage der Entscheidung gemachten, als unbestrittene wissenschaftliche Wahrheit bezeichneten Satze beigetreten werden. (R. G. 10. III. 87.) R. C. XVII. (61.) 271.

2. Die Revision kann nicht darauf gestützt werden, daß der Berufungsrichter **auf Grund einer**, von der in erster Instanz erkennenden Kammer für Handelssachen **aus eigener Sachkunde festgestellten Usance die Erhebung angebotener Gegenbeweise abgelehnt** hat. (R. G. 22. IX. 80.) R. C. II. (105.) 383—385. A. II. (79.) 370—372.

3. Nicht nur nach den Prinzipien des Bayerischen Prozesses, sondern eines jeden nach vernünftigen Prinzipien geordneten Prozesses **darf als gerichtskundig nicht betrachtet werden, was in einem früheren Prozesse in Folge der Beweisführung einer Partei als bewahrheitet angenommen worden, sofern nicht zwischen beiden Prozessen ein die Erstreckung der Rechtskraft bewirkender Zusammenhang stattfindet. Gerichtskundig kann höchstens erscheinen die Thatsache der Beweiserhebung, nicht das Ergebniß der Beweisführung.** Dieses Ergebniß ist (nach dem Wesen des Civilprozesses) ein mehr oder minder formelles, hängt von dem Verhalten der Prozeßparteien in dem betreffenden Prozesse ab. Diesem Beweisergebnisse darf ein Einfluß auf die materielle Entscheidung eines anderen, unter anderen Parteien geführten Rechtsstreits nicht beigemessen werden. Die betreffende Frage wird in demselben Sinne eingehend und zutreffend erörtert in dem in Seufferts Archiv XIII. Nr. 286 abgedruckten Urtheile der Juristenfakultät zu Halle namens des O. App. G. zu Jena vom Mai 1858 in Sachen Fiskus wider Blaufuß. In letzterem Urtheil ist mit Recht hervorgehoben, daß eine solche angebliche gerichtliche Offenkundigkeit auf Grund des Inhalts von Gerichtsakten über unter anderen Parteien geführte Prozesse lediglich auf eine Suppeditirung einer nicht beantragten Beweisführung durch Beweismittel, unter Enthörung desjenigen, zu dessen Nachtheil der Inhalt der Urkunden als gerichtlich offenkundig erachtet werde, hinauslaufe. Dieselben aus dem Wesen des Civilprozesses folgenden Prinzipien liegen dem § 264 der R. C. P. O. zu Grunde. (R. O. H. G. 14. I. 76. s. R. H. XIX. (104.) 351. 352.) — (R. G. 12. III. 84.) A. X. (21.) 84. 85.

4. **Begriff der „bei Gericht offenkundigen Thatsachen" im Sinne von § 264 der C. P. O. Die Offenkundigkeit folgt noch nicht aus Eintragungen im Handelsregister.** (R. G. 27. III. 85.) U. u. A. II. (21.) 29.

5. **Wenn das Handelsgesetzbuch, indem es die Einsicht der Handelsregister jedermann gestattet und die Veröffentlichung der Einträge vorschreibt (Art. 12. 13 H. G. B.), dafür sorgt, daß die Handelsregistereinträge denjenigen Personen, für welche sie Interesse bieten, bekannt werden, so folgt hieraus offenbar nicht ohne weiteres, daß das Bestehen dieser Einträge bezw. die eingetragenen Thatsachen für das erkennende Gericht (falls es nicht etwa dasjenige Gericht ist, welches das betreffende Handelsregister führt) offenkundig seien. Ebensowenig folgt dies aus der Vermuthung, welche dafür besteht, daß Dritte Kenntniß der Handelsregistereinträge haben; denn diese vermuthbare Kenntniß ist etwas wesentlich anderes als die**

Digitized by Google

Offenkundigkeit, von welcher § 264 C. P. O. spricht. Insofern das Handelsgesetzbuch eine Vermuthung der Kenntniß der Handelsregistereinträge aufstellt, geht es von der Erwägung aus, daß von jedem, der mit einem Kaufmanne kontrahirt, vorausgesetzt werden dürfe, er werde sich, soweit es die Vorsicht erheischt, von den auf die Firma dieses Kaufmannes bezüglichen Handelsregistereinträgen Kenntniß verschafft haben, daß ihm also kein Unrecht geschehe, wenn die Kenntniß dieser Einträge gegen ihn vermuthet wird. Eine Vermuthung dafür, daß auch das erkennende Gericht Kenntniß besagter Einträge habe, konnte und wollte vom Handelsgesetzbuche nicht aufgestellt werden; sie würde jedenfalls dem Sinne des § 264 C. P. O., welcher eine wirkliche und zwar vollständige Kenntniß unterstellt, nicht entsprechen. (R. G. 31. III. 85.) R. C. XIII. (97.) 371.

Ermittelung von fremdem Recht, Gewohnheitsrechten, Statuten.

§ 265. **§ 265.**

Das in einem anderen Staate geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittelung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnißquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen.

1. **Feststellung bestrittener Normen eines fremden Rechtes ohne Beweiserhebung.** Das Gericht braucht nach § 265 einen Beweis über den Inhalt eines fremden Rechtes nicht zu erheben, wenn es denselben, gleichviel aus welchen Gründen, ohnehin schon zu kennen überzeugt ist. (R. G. 26. IX. 83.) R. C. X. (46.) 172.

2. **In der Gesetzesbestimmung des § 265 ist es keineswegs dem Richter zur Pflicht gemacht, den angebotenen Beweis über ein angebliches Gewohnheitsrecht zu erheben, von dessen Nichtexistenz er unmittelbare Kenntniß hat, oder von dessen Existenz er selbst unter Voraussetzung der unter Beweis gestellten Thatumstände sich nicht überzeugt halten würde.** (R. G. 18. XII. 80.) R. C. III. (42.) 150.

3. **Auch für die Feststellung eines Gewohnheitsrechts greift der Grundsatz freier richterlicher Beweiswürdigung Platz.** Der Satz „jura novit curia" findet nicht auf jede Art von Rechtsnormen Anwendung, sondern nur auf das Gesetzesrecht, auf welches das auf dem Staatswillen geschriebene Recht desjenigen Staates erscheint, welchem das Prozeßgericht angehört. Bezüglich dieses Rechtes, welches das Gericht kennen muß, sind Beweise weder von den Parteien zu verlangen, noch, wenn solche angeboten werden, zuzulassen. Anders verhält es sich mit dem Gewohnheitsrechte, welches allerdings Gegenstand des Beweises sein kann, wenn es dem Gerichte unbekannt ist. Diese Beweisführung unterscheidet sich von einer gewöhnlichen Beweisaufnahme nur dadurch, daß das Gericht nach der Bestimmung des § 265 der Reichs-Civilprozeßordnung bei Ermittlung der Existenz des betreffenden Gewohnheitsrechtes nicht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise beschränkt, sondern befugt ist, auch andere Erkenntnißquellen zu benützen. Bei der Entscheidung über das Ergebniß eines solchen Beweises ist aber auch hier, da die Existenz

Digitized by Google

eines Gewohnheitsrechtes eine Thatsache ist, die an und für sich, wie jede andere Thatsache, Beweisgegenstand sein kann, das in § 259 der Reichs-Civilprozeßordnung ausgesprochene Prinzip der freien Beweiswürdigung maßgebend, so daß der Richter nach freier Ueberzeugung zu entscheiden hat, ob die erwähnte Thatsache wahr sei oder nicht. Hieraus folgt zugleich, daß, wenn auch dem Richter bei dieser Entscheidung die erwähnte, in § 265 der Reichs-Civilprozeßordnung liegende Befugniß eingeräumt ist, er keineswegs verpflichtet erscheint, auch dann noch weitere Erhebungen zu pflegen, wenn er schon aus dem vorhandenen Beweismaterial die Ueberzeugung gewonnen hat, daß ein behauptetes Gewohnheitsrecht nicht existire. (Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. III S. 150.) (B. O. L. 27. III. 82.) S. IX. (186.) 569. 570.

4. **Die Kenntniß der sog. jüdischen Ritualgesetze** liegt außerhalb des Bereiches des ordentlichen Civilrichters. (Bl. f. R. Anw. Bd. 7. S. 61. Holzschuher's Casuistik Bd. I. S. 681 u. 685.) Das Gericht kann über hier einschlägige Fragen Sachverständigenbeweis anordnen. (B. O. L. 29. XI. 81.) S. IX. (121.) 376.

Glaubhaftmachung thatsächlicher Behauptungen.

§ 266.

§ 266.

Wer eine thatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, kann sich aller Beweismittel, mit Ausnahme der Eideszuschiebung bedienen, auch zur eidlichen Versicherung der Wahrheit der Behauptung zugelassen werden.

Eine Beweisaufnahme, welche nicht sofort erfolgen kann, ist unstatthaft.

§§ 44, 68, 99, 202, 214, 247, 271, 319, 332, 351, 389, 395, 400, 406, 422, 432, 449, 454, 455, 490, 491, 508, 552, 647, 650, 655, 688, 690, 710, 711, 784, 795, 800, 815, 840, 869.

1. **Abs. 1.** Was unter **„Glaubhaftmachung" im Gegensatz zum „Beweis"** zu verstehen sei, wird in der Civilprozeßordnung nicht gesagt. In den Motiven zum § 266 (§ 256 des Entwurfs) wird bemerkt, der Entwurf habe es für entbehrlich und überdies für bedenklich erachtet, eine Definition des Begriffes der Glaubhaftmachung aufzunehmen. Dies mag vom legislatorischen Standpunkt aus gerechtfertigt sein, enthebt aber nicht den Richter der Verpflichtung, bei gegebenem Anlaß sich den gesetzgeberischen Gedanken klar zu legen, welcher dazu geführt hat, die „Glaubhaftmachung" als Sonderbegriff von dem „Beweise" zu scheiden. Der Sache nach ist der Begriff der „Glaubhaftmachung" kein neuer. Schon das gemeine Recht und eine Reihe neuerer Prozeßgesetze erachten in zahlreichen Fällen, wo es darauf ankam, dem Richter eine thatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen, eine „Bescheinigung" — das summatim cognoscere des römischen Rechts — für ausreichend. Es waren dies namentlich solche Fälle, wo die auf Grund der „Bescheinigung" abzugebende richterliche Entscheidung dem definitiven Recht der Gegenpartei nicht präjudizirt. Man glaubte, in solchen Fällen von den strengeren Formen, in denen sich das Beweisverfahren im ordentlichen Prozesse bewegte, Abstand nehmen und den Richter von den positiven Beweisregeln, an welche die Beweiswürdigung dort geknüpft war, entbinden zu können. Daraus ergab sich für das Verfahren eine völlige Formlosigkeit der Beweisaufnahme, für die Beweiswürdigung der Satz, daß alle Ueber-

Digitized by Google

zeugungsgründe, welche im täglichen Leben bei gewöhnlicher Sorgfalt einen verständigen Mann zum Glauben an die Wahrheit einer behaupteten Thatsache bestimmen können, vom Richter für die zutreffende Entscheidung benutzt werden durften. Auf demselben Gedanken beruhen die Bestimmungen der Civilprozeßordnung über die Glaubhaftmachung. In den zahlreichen Fällen, in welchen sie, statt einen Beweis zu verlangen, sich mit der Forderung, eine thatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen, begnügt z. B. (§§ 44. 68. 99. 202. 214. 247. 271 ꝛc.), handelt es sich vorwiegend um Entscheidungen, durch welche den Rechten des Gegners nicht definitiv präjudizirt wird. In allen diesen Fällen ist eine formelle Beweisaufnahme nicht nothwendig, wenngleich dieselbe, falls sie sofort erfolgen kann, nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Die Partei kann alle Beweismittel, mit Ausnahme der Eideszuschiebung, gebrauchen. Ob die Beweismittel in der Form produzirt werden, wie sie das ordentliche Verfahren erfordert, ist gleichgültig. Der Richter kann sogar auf Grund der bloßen Behauptung einer Partei eine Entscheidung treffen, wenn er nach den Umständen des Falles die Behauptung als glaubhaft annimmt (vgl. die Motive zum § 256 des Entwurfes der Civilprozeßordnung); er kann aber auch die Partei zur eidlichen Versicherung der Wahrheit ihrer Behauptung zulassen. Daß dem Richter in seinem freien Ermessen, ob eine Thatsache glaubhaft gemacht sei, keine Schranken gezogen werden sollten und gezogen sind, wird auch nicht durch Abs. 2 des § 266 C. P. O. widerlegt. Wenn dort gesagt ist: „Eine Beweiserhebung, welche nicht sofort erfolgen kann, ist unstatthaft", so ist dabei vorausgesetzt, daß der Richter eine förmliche Beweisaufnahme für nöthig erachtet. Ist es daher nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung in den Fällen, wo statt eines Beweises die Glaubhaftmachung für ausreichend erachtet wird, formell gleichgültig, auf welche Weise dem Richter der Glaube an die Wahrheit der thatsächlichen Behauptung einer Partei verschafft wird, so muß auch der Partei gestattet sein, alle Mittel, welche die Möglichkeit gewähren, einem verständigen Richter diesen Glauben beizubringen, zu diesem Zwecke zu benutzen. Es kann also z. B. ein Bedenken nicht dagegen obwalten, daß ein Richter auch auf die schriftliche Erklärung eines unbeeidigten Zeugen ein Gewicht legen kann, ja gerade durch diese Erklärung den Glauben von der Wahrheit der von der Partei aufgestellten thatsächlichen Behauptung erlangt. (R. G. 16. XII. 81.) R. A. III. (386.) 801—804. R. St. V. (91.) 262—266.

2. Die Civilprozeßordnung hat im § 266 von der Eideszuschiebung abgesehen, die zulässigen Mittel der Glaubhaftmachung nicht begrenzt, auch den Begriff selbst nicht weiter definirt. **Es kann** sonach **unter Umständen der Richter eine Behauptung auch ohne alle Beweisaufnahme oder Bescheinigungen glaubhaft erachten,** und es wird der Richter eine Behauptung, die ihm genügend wahrscheinlich dünkt, dann ohne weitere Erhebungen berücksichtigen dürfen, wenn daraus dem anderen Theile kein sachlicher Nachtheil erwachsen kann. Aber immer ist vorauszusetzen, daß seitens des Richters eine Prüfung der Umstände des Falles stattfindet, und von einer **Glaubhaftmachung** wird nur unter zweierlei Voraussetzungen gesprochen werden können: einmal muß die bewußte Absicht des Behauptenden erkennbar sein, den richterlichen Glauben von vornherein

Digitized by Google

für seine thatsächlichen Angaben zu gewinnen, und zweitens muß
Glaubhaftmachung unbedingt mehr enthalten, als die bloße für je
vorbereitenden Schriftsatz vorgeschriebene „Bezeichnung" von Bew
mitteln. (R. G. 30. XII. 81.) R. St. V. (111.) 323. R. A.
(407.) 845.

3. **Wenn die angegebenen Thatsachen für ausreichend erachtet wer
so bedarf es der Glaubhaftmachung derselben nach Maßgabe des §
der R. C. P. O., wenn eine Versicherung unter Berufung auf einen
leisteten Diensteid nicht erfolgen kann.** (R. G. 19. I. 84.) A. IX. (78.) 3

4. **Auch die schriftliche eidesstattliche Versicherung eines Zeugen
ein nach § 266 der R. C. P. O. geeignetes und zuverlässiges Mittel
Glaubhaftmachung.** (R. G. 5. I. 83.) A. VII. (51.) 143.

5. Nach § 266 C. P. O. kann sich der, welcher eine thatsächl
Behauptung glaubhaft zu machen hat, aller Beweismittel — mit A
nahme der Eideszuschiebung — bedienen, auch zur eidlichen Versicher
der Wahrheit zugelassen werden. Nun ist es zwar richtig, daß die C. P.
ausdrücklich nur den Augenschein, zu vernehmende Zeugen und Sach
ständige, Urkunden und den Eid als Beweismittel hervorhebt (Buch
Tit. 6—10 §§ 336—339), speziell also eidesstattliche Versicherun
nicht erwähnt (Urth. des R. G. v. 16. Dezember 1881; Entsch. Bd
S. 262; Rechtspr. Bd. 3 S. 801). Daraus folgt jedoch nicht, daß
Gesetz den Antragsteller nur auf die speziell genannten, zur Herstell
eines förmlichen Beweises dienenden Beweismittel hat beschränken woll
denn, wäre dies beabsichtigt, so würde es neben dem Grundsatze
§ 259 der C. P. O. der besonderen Vorschrift des Abs. 1 §§
a. a. O. über die Glaubhaftmachung überhaupt nicht bedurft haben.
kommt vielmehr bei dem § 266 a. a. O., welcher Fälle im Auge
in denen durch die beantragte Entscheidung den Rechten des Gegn
nicht definitiv präjudizirt wird, nur auf eine schleunige und nicht fö
liche Art des Beweises an und es sollte nach Absicht des Gesetzes
hierbei dem Gericht eine möglichst freie Stelle eingeräumt werden. (
tive zu § 256 des Entwurfs S. 214). Bei Beachtung dieses Zwe
und des Wortlautes des Gesetzes, wonach alle Beweismittel (also
nannte wie nicht genannte) gestattet sind, müssen auch andere, als di
der C. P. O. speziell aufgeführten Beweismittel, mithin **auch urkun
beigebrachte eidesstattliche Versicherungen von Zeugen,** als **Beweismittel
Sinne des § 266** a. a. O. angesehen werden. Wenn die Motive (S. 2
erwähnen: „Kann die Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verh
lung erlassen werden, so werden Zeugen regelmäßig vorher vernom
sein müssen, so daß die Urkunde über die erfolgte Vernehmung
schriftlichen Gesuche beizufügen ist. Wird dagegen über den An
mündlich verhandelt, so steht der Zulassung des Zeugenbeweises n
entgegen, vorausgesetzt, daß die Beweisaufnahme in dem Verhandlu
termine erfolgen kann," so hat damit eben nur der regelmäßige
exemplifizirt, nicht aber die Unzulässigkeit der Beibringung einer Urk
mit der eidesstattlichen Versicherung eines Zeugen ausgesprochen we
sollen. Mit einer solchen Urkunde stehen andere in der C. P. O. e
falls nicht erwähnte Beweismittel, wie Kerbhölzer, amtliche Auskünfte
Behörden u. s. w. auf gleicher Linie, und wie man diese letzteren

Digitized by Google

Mittel zur Glaubhaftmachung nicht wird ausschließen wollen und können, so muß man konsequent auch die eidesstattliche Versicherung eines Zeugen als solches anerkennen, da deren sakramentale Form keinen Grund zu einer verschiedenen Behandlung abgeben kann. Auch dem Bedürfniß der praktischen Rechtspflege trägt diese Gesetzesauslegung gebührende Rechnung. Wenn es auch selbstverständlich und deßhalb nach den Motiven (S. 214) im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, daß es einer Beweisaufnahme überhaupt nicht bedarf, falls die betreffende Behauptung schon nach den Umständen des Falles als glaubhaft anzunehmen ist (und wenn deßhalb z. B. ebenmäßig der Richter den Arrestgrund um so mehr auf Grund einer einfachen schriftlichen Bestätigung der betreffenden Behauptung des Arrestsuchers seitens eines Zeugen für glaubhaft gemacht ansehen kann), so gewährt doch unzweifelhaft eine diesfällige eidesstattliche Versicherung ein höheres Maß der Glaubwürdigkeit, so daß ihr ein unbestreitbarer und auch unentbehrlicher Werth für die materielle Wirkung überall da zugesprochen werden muß, wo dem Richter eine einfache Versicherung nicht genügt. Da derartige Fälle aber häufig vorkommen können, indem der Richter nicht gehalten ist, einfache schriftliche Angaben eines Zeugen für glaubhaft zu erachten, auch die Beibringung schriftlicher eidesstattlicher Versicherungen leichter und schneller zu bewirken ist, als die persönliche Gestellung sofort zu vernehmender, vielleicht fern wohnender oder sonst verhinderter Zeugen, so würde entgegen der Intention des Gesetzgebers in vielen Fällen der das Prozeßverfahren erleichternden Vorschrift des § 266 das. bei beschränkter Auslegung die Anwendung und Wirksamkeit versagt sein. Wenn dieser Sachlage gegenüber die C. P. O. die eidesstattliche Versicherung eines Zeugen von den Mitteln zur Glaubhaftmachung hätte ausschließen wollen, so würde sie dies zweifellos ausdrücklich ausgesprochen haben, und zwar um so mehr, als bisher in weiten Rechtsgebieten an Eidesstatt ausgestellte Atteste als Bescheinigungsmittel im Prozeß gegolten hatten (vgl. z. B. preuß. allg. Ger. O. Thl. I Tit. 10 §§ 294. 298). Zwar besagen die Motive in der Vorbemerkung zu §§ 422—428 des Entwurfs (jetzt §§ 440—446 der C. P. O.) S. 288: „daß die dort über das Verfahren bei Annahme der im Civilprozesse vorkommenden Eide zusammengestellten Vorschriften sowohl für die Eide, welche die Parteien als zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eid, als richterlichen Eid, Editionseid, Offenbarungseid (§§ 660. 716. 726 ff. des Entwurfs) als Mittel zur Glaubhaftmachung (§ 256 des Entwurfs), als auch für diejenigen Eide, welche dritte Personen, Zeugen und Sachverständige, zu leisten haben, zutreffen", ferner zu § 428 des Entwurfs (jetzt § 446 der C. P. O.): „einzelne Prozeßordnungen, z. B. Oldenburg und Baden, gestatten, daß in Rechtsstreitigkeiten über geringfügige Objekte an die Stelle des Eides eine Versicherung an Eidesstatt (Handgelübde) trete. Der Einführung eines solchen Surrogats der Eidesleistung stehen aber erhebliche Bedenken entgegen. Sie könnte zu der Auffassung verleiten, daß die minder feierliche Form trotz der an dieselbe geknüpften gleichen prozessualischen und strafrechtlichen Folgen weniger zur Wahrhaftigkeit verpflichte, als der unter den ordentlichen Formen geleistete solenne Eid. Der Mißbrauch des Eides zur Betheuerung der Unwahrheit würde durch die Zulassung eines Eides-

Digitized by Google

surrogates eher befördert, als verringert werden. Aus diesem Grunde hat auch die württemberg. Prozeßordnung das bisher dort in Geltung gewesene und noch im Art. 603 des Regierungsentwurfes beibehaltene Institut des Handgelübdes beseitigt." Aus diesen Motiven ist aber mehr nicht zu entnehmen, als daß da, wo es sich um den, ein formelles Beweismittel bildenden solennen Eid im Sinne der §§ 440—446 der C. P. O. handelt und wo das Gesetz ausdrücklich die Eidesleistung vorschreibt, an dessen Stelle nicht eine Versicherung an Eidesstatt treten darf; also auch nicht im Falle des § 266 der C. P. O., wenn der Antragsteler zur eidlichen Versicherung der Wahrheit seiner Behauptung zugelassen werden soll. Dagegen ergibt sich daraus nicht, daß man die schriftlichen eidesstattlichen Versicherungen von Zeugen auch von dem generellen Begriff der Beweismittel behufs Glaubhaftmachung im Sinne des § 266 das. hat ausschließen wollen. Die Richtigkeit der ausdehnenden Interpretation des Begriffes der Beweismittel im Sinne der C. P. O. wird auch durch die Vorschrift des § 255 das., wonach jede Partei unter Bezeichnung der Beweismittel, denen sie sich zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, den Beweis anzutreten hat, während Abs. 2 in Betreff der einzelnen Beweismittel auf die Vorschriften des 6. und 10. Titels hinweist, in Verbindung mit den Motiven hierzu (S. 198. 199) bestätigen, indem letztere bemerken, daß der (hierin zum Gesetz erhobene) Entwurf sich einer Aufzählung aller Beweismittel enthalte und in den §§ 326—421 (jetzt §§ 336—439) nur einige derselben hervorhebe; und daß insbesondere aus der Nichterwähnung des — wegen seines innigen Zusammenhangs mit dem Civilrecht in der C. P. O. nicht geregelten — außergerichtlichen Geständnisses selbstverständlich nicht geschlossen werden dürfe, daß einem solchen Geständnisse der Werth eines Beweismittels habe genommen werden sollen. Unterstützend mag endlich auf die Analogie des § 351 der C. P. O. hingewiesen werden, wonach zur Glaubhaftmachung der Thatsachen für die Zeugnißverweigerung in den Fällen des § 348 Nr. 4 und 5 die mit Berufung auf einen geleisteten Diensteid „schriftlich oder zum Protokoll des Gerichtsschreibers" abgegebene Versicherung genügt. (R. G. 1./5. XII. 82.) R. A. IV. (385.) 861—864. R. St. VII. (87.) 287—292. A. VII. (34.) 112—115.

6. **Eidesstattliche Versicherungen sind zur Glaubhaftmachung der Gründe für die Anträge auf Erlaß einstweiliger Verfügungen und der Gründe für die Gegenanträge zulässig und geeignet.** Wenn auch die C. P. O. die Glaubhaftmachung, — wie für den Arrestgrund, — nur für die Gründe des Antrags auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung ausdrücklich hervorhebt (§§ 800, 815 a. a. O.), so kann doch unbedenklich, selbst wenn eine mündliche Verhandlung nicht angeordnet wird, die Gegenpartei vor der Anordnung des Arrestes oder einstweiliger Verfügungen gehört werden (Prot. der R. T.-Justizkommission S. 428; Kommentar zur C. P. O. von v. Wilmowsky und Levy, 4 A. II. Bd. S. 1004. A. 1 zu § 801.) Es entspricht dem gleichen Rechte der Prozeßparteien, anzunehmen, daß auch die Gegenpartei sich der gleichen Rechtsbehelfe bedienen darf, wie die Antragsteller; daß also auch sie ihre Gegenanträge auf eidesstattliche Versicherungen stützen darf, ohne daß es dabei etwas darauf

Digitized by Google

ankommt, ob die Gegenanträge überhaupt und event. in dieser Form von ihr seitens des Richters erfordert sind. (Vgl. Rechtspr. Bd. 4 S. 861.) (R. G. 7. XII. 86.) R. A. VIII. (306.) 730.

7. **Abs. 2.** Da nach § 266 Abs. 2 C. P. O. die Glaubhaftmachung durch eine Beweisaufnahme, die nicht sofort erfolgen kann, ausgeschlossen ist, so reicht die **Vorschlagung eines Zeugen,** dessen Name noch nicht einmal angegeben ist, und dessen Vernehmung noch dazu nur durch einen noch erst zu ersuchenden Richter würde geschehen können, zu jenem Zwecke nicht aus. (R. G. 16. VI. 84.) R. C. XIV. (123.) 438.

c. Rüge der Verletzung einer Prozeßvorschrift.

§ 267. **§ 267.**

Die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift kann nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet, oder wenn sie bei der nächsten mündlichen Verhandlung, welche auf Grund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat oder in welcher auf dasselbe Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein mußte.

Die vorstehende Bestimmung kommt nicht zur Anwendung, wenn Vorschriften verletzt sind, auf deren Befolgung eine Partei wirksam nicht verzichten kann.

Zu Absatz 2: §§ 232, 247 Abs. 2, 542, 575, 497, 529, 489, 74.

1. **Voraussetzungen für den Verlust des Rügerechts nach § 267 der C. P. O.** (R. G. 20. V. 85.) U. u. A. II. (101.) 204.

2. Bei der allgemeinen Fassung des § 267 „die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift" fragt es sich, wie das Gebiet der Anwendbarkeit dieser Vorschrift zu begrenzen sei. Die Motive enthalten keine bestimmten Anhaltspunkte, es wird vielmehr gesagt, es müsse der Wissenschaft überlassen bleiben, festzustellen, welche Vorschriften unter § 267 fallen. Zieht man den Zweck dieser im Anschluß an die Vorschriften vieler neuerer Gesetzgebungen aufgenommenen Bestimmungen, die Zahl der formellen Beschwerden zu verringern und einen geregelten Gang des Verfahrens zu sichern, sowie die Entstehungsgeschichte des § 267 in Betracht, so **kann es einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, daß nicht nur Partei-Prozeßhandlungen, das heißt solche Handlungen, welche von nicht richterlichen Beamten auf Betreiben einer Partei zur Führung des Prozesses vorgenommen werden, sondern auch gerichtliche Prozeßhandlungen, also solche Handlungen, welche von dem Gerichte im Laufe des Verfahrens vorgenommen werden, ohne eigentliche Akte der Rechtsprechung zu sein, unter das Gesetz fallen, die letzteren jedoch nur, soweit nicht der Inhalt richterlicher Verfügungen in Frage kommt.** Es gehören hierhin namentlich diejenigen richterlichen Verfügungen, welche keine sachliche Entscheidung enthalten, sondern den Zweck haben, den Fortgang des Prozeßverfahrens zu betreiben und die definitive Entscheidung vorzubereiten, welche also nur eine prozeßleitende Bedeutung haben. Geht man hiervon aus, so findet **§ 267 auch auf Beweisbeschlüsse Anwendung.** Denn diese haben nur die Bedeutung einer die Beweiserhebung anordnenden prozeßleitenden Verfügung, welche in keiner Weise für den erkennenden Richter bindend und maßgebend ist. Handelt es sich um Anfechtung ihres Inhalts, so kann allerdings § 267 keine Anwendung finden, sind dagegen

Digitized by Google

bei ihrem Erlasse sonstige Vorschriften des Verfahrens verletzt, so muß dieses bei Vermeidung der im § 267 angedrohten Nachtheile von der Partei rechtzeitig gerügt werden. Der gleichen Beurtheilung unterliegt auch der Fall, **wenn durch Beweisbeschluß die Leistung eines Eides angeordnet wird, soweit es sich nicht um die Anfechtung des Inhaltes des Beschlusses handelt.** Denn auch dieser Beschluß ist kein Akt der Rechtsprechung, sondern hat nur die Natur einer prozeßleitenden, die Entscheidung vorbereitenden, für den Richter nicht bindenden Verfügung. Wird der durch Beweisbeschluß auferlegte Eid geleistet oder verweigert, so treten zwar die in §§ 428. 429 C. P. O. festgesetzten Folgen ein, es wird voller Beweis der beschworenen Thatsache begründet, beziehungsweise es gilt das Gegentheil der zu beschwörenden Thatsache als voll bewiesen. Allein der erkennende Richter hat die Frage, ob und welche Bedeutung diesen somit festgestellten Thatsachen für die Entscheidung beizulegen sei, vollkommen frei und unabhängig zu prüfen und auf Grund der nach Erledigung der Beweisaufnahme stattfindenden Verhandlung zu erkennen. In der hier in Betracht kommenden Beziehung begründet es prinzipiell keinen Unterschied, ob die durch den Beweisbeschluß angeordnete Beweisaufnahme andere Beweismittel oder den Eid betrifft. Die Bestimmung, daß vor Erledigung des Beweisbeschlusses von keiner Partei eine Aenderung desselben auf Grund der bisherigen Verhandlungen beantragt werden kann, bezweckt vor Störung und Verzögerung des Verfahrens zu schützen und zu verhüten, daß die Parteien auf Grund der bisherigen Verhandlungen Einwendungen gegen den Inhalt des Beweisbeschlusses erheben, indem sie geltend machen, daß überhaupt kein Beweis nach Lage der Sache zu erheben sei, oder daß andere Thatsachen zum Gegenstande der Beweiserhebung zu machen oder daß andere Beweismittel zuzulassen seien. Dagegen steht diese Bestimmung nicht entgegen, die Verletzung von Vorschriften des Verfahrens bei Erlaß des Beweisbeschlusses und insbesondere zu rügen, daß die Leistung eines über die für relevant erachteten Thatsachen zugeschobenen und angenommenen Eides nicht durch Beweisbeschluß hätte angeordnet werden dürfen, sondern auf dieselbe durch bedingtes Endurtheil hätte erkannt werden müssen, weil eine der in der Civilprozeßordnung, insbesondere in § 426 hervorgehobenen Ausnahmen von der in § 425 aufgestellten Regel nicht vorliege. (R. G. 30. XI. 80.) R. C. III. (101.) 368. 369.

3. **Ein Verzicht auf die Geltendmachung von Mängeln bei der Ersatzzustellung,** welche durch Zustellung zu Händen des Adressaten geheilt wurden, ist nach § 267 anzunehmen, wenn sich das Gegentheil auf die Sache selbst eingelassen hat; denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Formvorschriften über die Zustellung an sich keineswegs zu den im zweiten Absatze daselbst erwähnten gehören, auf deren Befolgung eine Partei nicht wirksam verzichten kann. Auch in dem in den Entscheidungen in Civilsachen Bd. 10 S. 362 abgedruckten Urtheile des zweiten Civilsenates des Reichsgerichts ist nur insofern das Gegentheil angenommen, als die Zustellung im einzelnen Falle zugleich zu den Förmlichkeiten eines Rechtsmittels gehört, auf deren Wahrung freilich von Amtswegen zu halten ist. (R. G. 12. XI. 84.) R. C. XIV. (95.) 341.

4. **Inwiefern auf die Wirkungen einer Unterbrechung des Verfahrens**

Digitized by Google

nach § 267 C. P. O. verzichtet werden kann, s. (R. G. 16. II. 84.) R. C. XIV. (92.) 333.

5. **Die gesetzwidrige Zustellung eines Urtheils von Amtswegen wird nicht durch unterlassene Rüge geheilt.** Es handelt sich um die Verletzung einer Vorschrift, auf deren Befolgung die Partei nicht wirksam verzichten kann. Denn wenn auch keineswegs jede die Formen der Zustellung, insonderheit deren Ort, Zeit, Beurkundung 2c. betreffende Vorschrift der Disposition der Parteien dergestalt entzogen ist, daß ihre Verletzung nicht durch den Verzicht auf ihre Rüge geheilt werden könnte, so muß dies doch von der im § 288 getroffenen Bestimmung gelten, daß die Zustellung des Urtheils (nicht von Amtswegen, sondern) auf Betreiben der Partei zu erfolgen hat. Denn damit wird nicht eine einzelne auf die Sicherheit, Zweckmäßigkeit oder Leichtigkeit der Zustellung abzielende Förmlichkeit angeordnet, sondern eine Norm aufgestellt, in der im unlösbaren Zusammenhang mit anderen Bestimmungen die allgemeinen Prinzipien Gestalt gewinnen, nach welchen der Richter einerseits und die Parteien andererseits bei der Fortbewegung des Prozesses thätig werden sollen. Ueber die Beobachtung oder Nichtbeobachtung solcher fundamentalen Grundsätze kann den Parteien aber eine Disposition nicht zugestanden, noch der Richter an solche gebunden werden, wenn die ihm von Amtswegen obliegende Prüfung der Zulässigkeit eines Rechtsmittels von der rechtlichen Wirksamkeit einer Zustellung abhängt. Urtheil des Reichsgerichts vom 27. Febr. 1885. R. A. 1885, bes. Beil. 4 S. 205 ff. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 318 S. 457.

6. **Die Anwendbarkeit der Vorschrift der Civilprozeßordnung § 267** ist nach ihrer allgemeinen und unbeschränkten Fassung **auch auf Beweiserhebungen, sowie auf das Verfahren in Ehesachen unbedenklich.** (R. G. 10. III. 84.) R. C. XII. (127.) 437. 438.

7. **Die Vorschrift des § 267 C. P. O. bezieht sich auch auf die Verletzung der Vorschriften über die Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen.** Die Vorschriften über die Verpflichtung der Zeugen und Sachverständigen zur Wahrheit betreffen das Verfahren. Die Verletzung einer solchen Vorschrift kann daher, da auf dieselben von den Parteien wirksam verzichtet werden kann (§§ 356. 367 C. P. O.), nach § 267 C. P. O. nicht mehr gerügt werden, wenn nicht bei der nächsten mündlichen Verhandlung die Partei den Mangel gerügt hat. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 9 Nr. 110 S. 377. 378.) — (R. G. 11. XI. 86.) R. C. XVII. (95.) 380.

8. **Der § 267 findet auch auf den Fall Anwendung, wenn Zeugen, die zugleich als Sachverständige abgehört wurden, nur als Zeugen vereidet werden.** Hierfür spricht der allgemeine Wortlaut — „die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift kann . . ." — sowie die Entstehungsgeschichte derselben. Die Motive zu § 267 cit. — § 257 des Entwurfs — weisen auf den Preuß. Entwurf § 292 und den gleichlautenden § 340 des Nordd. Entwurfs als Quellen hin. **In den Motiven** des ersteren (S. 61) **ist nun ausdrücklich hervorgehoben, daß auch Handlungen des Gerichts, welche nicht Akte der Rechtsprechung sind, z. B. Beweis-Erhebungen, unter die Vorschrift fallen**, und der Auffassung dieses Entwurfs ist man dann

Digitized by Google

in den Protokollen zum Nordd. Entwurfe beigetreten. Ein solcher M
ist nicht juris publici und kann, wenn eine Rüge hierwegen nicht er
wurde, zur Grundlage eines Revisions-Angriffes nicht mehr dienen.
Struckmann und Koch, S. 290 Note 2; Gaupp, Bd. II S
und 113; Hellmann, Bd. II S. 109; Kleiner, Bd. II S.
Seuffert, S. 346; Wilmowsky u. Levy, S. 365. Urthe
III. Civilsenats des R. G. vom 1. und 5. Februar 1884 in S
H. Lanz wider die Ehefrau Röge.) — (R. G. 28. III. 84.)
(38.) 178. 179.

9. **Eine gegen die gesetzliche Form verstoßende Beeidigung
Zeugen muß von dem erschienenen Parteivertreter in der auf die
nehmung der Zeugen unmittelbar folgenden mündlichen Parteiverhan
bei Vermeidung des Ausschlusses angefochten werden.** Die Beeidigun
Zeugen gehört zu denjenigen Prozeßhandlungen, welche dem Verfüg
rechte der Parteien nicht entzogen sind. Vielmehr wird diesen dur
im § 356 Abs. 2 a. a. O. getroffene Anordnung die Befugniß
standen, auf die Beeidigung zu verzichten. Gleichwie es sohin von
Willen der Parteien abhängt, ob sie die unbeeidigte Vernehmung
Zeugen gestatten wollen, so muß es ihnen auch freistehen, sich dah
beruhigen, daß der Richter in einem bestimmten Falle bei Abnahm
Zeugeneides der gesetzlichen Form nicht vollständig gerecht geworde
(B. O. L. 10. IV. 83.) S. X. (26.) 65. 66.

10. **Heilung des Mangels der Zeugenbeeidigung durch unterl
Rüge.** Urtheil des Reichsgerichts vom 27. Nov. 1886. S
Bd. 42 bezw. 12 Nr. 164 S. 229.

11. **Der § 267 Abs. 1 der R. C. P. O. ist für die Rüge einer
letzung der in der Civilprozeßordnung § 148 enthaltenen Bestimmung
deßhalb ausgeschlossen,** weil auf deren Befolgung eine Partei wirksam
verzichten könnte. Denn die Bestimmung, wonach die Verlesung
Genehmigung der Zeugenaussagen erfolgen und im Protokolle ver
werden soll, ist nicht im Sinne der in der Civilprozeßordnung §§
247. 513 erwähnten, eine für den gerichtlichen Prozeß wesentliche
trifft vielmehr nur die Form einer Prozeßhandlung und kann als
dem Verzichte der Parteien entzogene um so weniger angesehen wo
als die Feststellung der Zeugenaussagen im Falle der Civilprozeßord
§ 147 überhaupt nicht einmal erforderlich ist. (R. G. 10. III.
R. C. XII. (127.) 438.

12. **Die Bestimmungen in den §§ 267. 492 C. P. O. über den
lust des Rügerechts der Verletzung einer das Verfahren betreffenden
schrift findet Anwendung, wenn die Leistung eines zugeschobenen Eides
Beweisbeschluß in einem Falle angeordnet ist, wo nach den §§ 425.
C. P. O. auf Leistung des Eides durch bedingtes Endurtheil hätte er
werden müssen.** (R. G. 30. XI. 80.) R. C. III. (101.) 367.

13. **Aus der Civilprozeßordnung § 267 erhellt nicht, daß die fü
Anbringung der Rüge bestimmte nächste mündliche Verhandlung unbe
zeitlich durch einen besonderen Termin von dem anzufechtenden Verf
getrennt sein müsse.** Eine auf die Zeugenvernehmung bezügliche
ist sonach in der darauf folgenden mündlichen Verhandlung auch
geltend zu machen, wenn sich letztere an erstere unmittelbar ansch
(R. G. 10. III. 84.) R. C. XII. (127.) 437.

Digitized by Google

d. Sühneversuch.

§ 268. **§ 268.**

Das Gericht kann in jeder Lage des Rechtsstreits die gütliche Beilegung desselben oder einzelner Streitpunkte versuchen oder die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen.

Zum Zwecke des Sühneversuchs kann das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden.

§§ 471, 570 ff.

Nach der in den Motiven zu § 268 der Reichs-Civilprozeßordnung ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers ist **das mit der Zeugenvernehmung in einem schwebenden Rechtsstreite von dem Prozeßgerichte beauftragte Gericht auch zur Vornahme von Vergleichsverhandlungen und Protokollirung eines hiernach unter den Parteien zu Stande gekommenen Vergleiches als ermächtigt zu erachten**; hätte aber selbst der bezeichnete gesetzgeberische Wille in den Motiven des Gesetzes keinen besonderen Ausdruck gefunden, so würde derselbe aus den Worten des § 268 mit Nothwendigkeit zu folgern sein. Denn wenn nach dieser Bestimmung das Prozeßgericht in jeder Lage des Rechtsstreites, also auch bei Gelegenheit einer Zeugenvernehmung, die gütliche Beilegung desselben versuchen kann, so ergibt sich hieraus von selbst die gleiche Befugniß auch für jenes Gericht, welches im Auftrage des Prozeßgerichtes und an Stelle desselben eine Zeugenvernehmung vorzunehmen hat; dieser aus § 268 der Reichs-Civilprozeßordnung zu folgernde Rechtssatz steht auch keineswegs im Widerspruche, vielmehr im vollen Einklange mit der bayerischen Gesetzgebung. Die in Kap. XVII § 1 Ziff. 9 dieser Gerichtsordnung enthaltenen civilrechtlichen Bestimmungen über die Zuständigkeit zur Vergleichsprotokollirung, welche bereits durch die Gerichtsverfassungsgesetze von den Jahren 1856 und 1861, sowie durch das Notariatsgesetz vom 10. November 1861 eine Aenderung in dem Sinne erfahren haben, daß nunmehr allen vor einem Civilgerichte oder vor einem Notar protokollirten Vergleichen die Wirkungen eines gerichtlichen Vergleiches beigelegt wurde, und welche durch Art. 221 und 223 der Prozeßordnung von 1869 weiter dahin geändert worden sind, daß auch die vor dem beauftragten Richter geschlossenen Vergleiche gleich einem rechtskräftigen Urtheile der Vollstreckung unterliegen sollen, wurden durch Art. 81 des Ausführungsgesetzes zur Reichs-Civilprozeßordnung und Konkursordnung aufgehoben; an ihre Stelle traten die Bestimmungen des Art. 86 des angeführten Ausführungsgesetzes, wonach unter anderen die vor Gericht abgeschlossenen Vergleiche als rechtsförmliche Vergleiche im Sinne des Kap. XVII § 1 der Bayerischen Gerichtsordnung von 1753 gelten. Da auch die Prozeßordnung von 1869 durch Art. 235 des allegirten Ausführungsgesetzes in allen ihren Bestimmungen aufgehoben worden ist, so ist die Frage, ob der zur Vornahme einer bestimmten Prozeßhandlung in einem anhängigen Rechtsstreite beauftragte Richter auch zur Vornahme von Vergleichsverhandlungen befugt sei, als eine mit dem Prozeßrechte zusammenhängende Frage zunächst nach den Bestimmungen der Reichs-Civilprozeßordnung zu beantworten. (B. O. L. 12. II. 83.) S. X. (8.) 20—22.

Digitized by Google

e. Anträge und Erklärungen.

§ 269.

Die Anträge müssen aus den vorbereitenden Schriftsätzen verlesen werden.

Soweit vorbereitende Schriftsätze nicht mitgetheilt oder die Anträge in solchen nicht enthalten sind, muß die Verlesung aus einem dem Protokolle als Anlage beizufügenden Schriftsatze erfolgen.

Dasselbe gilt von Anträgen, welche von früher verlesenen in wesentlichen Punkten abweichen.

Die Nichtbeachtung dieser Vorschriften hat die Nichtberücksichtigung der Anträge zur Folge.

§§ 128, 146, 469.

S. hierüber bei § 128 und 299 ad R. C. X. (120.) 386—393. A. IX. (12.) 59—65.

§ 270.

§ 270.

Soweit es sich nicht um Anträge (§ 269) handelt, sind wesentliche Erklärungen, welche in vorbereitenden Schriftsätzen nicht enthalten sind, oder wesentliche Abweichungen von dem Inhalte solcher Schriftsätze, mögen die Abweichungen in Zusätzen, Weglassungen oder sonstigen Abänderungen bestehen, auf Antrag durch Schriftsätze, welche dem Protokolle als Anlage beizufügen sind, festzustellen.

In gleicher Weise sind auf Antrag auch Geständnisse sowie die Erklärungen über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide festzustellen.

§§ 254, 291, 470.

Die Geltung des im Verhandlungsprotokoll entgegen dem Thatbestand Bekundeten ist nicht an das Erforderniß einer Berichtigung des Thatbestandes gebunden, sondern trotz des Thatbestandes für die folgenden Instanzen verwerthbar. Die in den §§ 270, 146 der R. C. P. O. vorgesehene Beurkundung mit der den Parteien auf die Bildung des Protokollinhalts gewährten Einwirkung ist ein für sich bestehendes Mittel zur Sicherung der Beachtlichkeit des beurkundeten Prozeßstoffes für die weiteren Instanzen, während die Berichtigung des Thatbestandes, wenn sie auch für den Zweck der Hebung eines Widerspruchs zwischen Thatbestand und Verhandlungsprotokoll nicht ausgeschlossen ist, vorzugsweise dem Zwecke der Ergänzung oder Veränderung des Thatbestandes da, wo es am urkundlichen Gegenbeweise gegen denselben fehlt, aus dem Gedächtniß oder den Notizen der Richter dienen soll; vergleiche auch den ausdrücklichen entsprechenden Ausspruch der Motive zum Entwurf der R. C. P. O. S. 324, 325 zum jetzigen § 524. (R. G. 1. X. 81.) A. IV. (125.) 429. 430.

VII. Einsicht der Prozeßakten.

§ 271.

§ 271.

Die Parteien können von den Prozeßakten Einsicht nehmen und sich aus denselben durch den Gerichtsschreiber Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften ertheilen lassen.

Dritten Personen kann der Vorstand des Gerichts ohne Einwilligung der Parteien die Einsicht der Akten nur gestatten, wenn ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird.

Die Entwürfe zu Urtheilen, Beschlüssen und Verfügungen, die zur Vorbereitung derselben gelieferten Arbeiten, sowie die Schriftstücke, welche Abstimmungen und Strafverfügungen betreffen, werden weder vorgelegt noch abschriftlich mitgetheilt.

§§ 126, 133, 134, 74 Abs. 2. G. V. G. §§ 22, 58, 119, 126, 294, 530.

1. Nach § 271 können die Parteien von den Prozeßakten Einsicht nehmen und sich aus denselben durch den Gerichtsschreiber Aus-

Digitized by Google

fertigungen, Auszüge und Abschriften ertheilen lassen; dem letzteren steht jedoch gemäß § 97 des Gerichtskostengesetzes das Recht zu, die Ertheilung des Schreibwerkes von vorgängiger Zahlung eines die Schreibgebühr deckenden Betrages abhängig zu machen. In **Armensachen** erlangt nur die Partei durch Bewilligung des Armenrechtes nach § 107 C. P. O. die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der Gerichtskosten einschließlich der baaren Auslagen, mithin auch von den zu diesen gehörigen Schreibgebühren (§§ 79. 80 G. K. G.), und **es muß daher die Gerichtsschreiberei den bestellten Offizialanwälten auf deren Verlangen der Regel nach kostenfreie Abschriften oder Auszüge aller zur Rechtsverfolgung erforderlichen, bei den Gerichtsakten befindlichen Schriftstücke ertheilen.** Damit ist indessen die Befugniß des Gerichts nicht ausgeschlossen, in den dazu geeigneten Fällen den beigeordneten Offizialanwälten Einsicht der Gerichtsakten auf dem Gerichte oder in der Wohnung der Anwälte zu gestatten und denselben die Anfertigung von Abschriften und Auszügen zu überlassen. **Müssen sich** hierbei **die Anwälte nach Lage der Sache des Beistandes von Schreibgehülfen bedienen, so erlangen sie dadurch einen Anspruch auf Ersatz der aufgewendeten nothwendigen Schreibgebühren aus der Staatskasse. — Erachtet der Armenanwalt Abschriften in größerem Umfange erforderlich als das Gericht, so muß er jedoch zuvor den Sachverhalt dem Gerichte vortragen bezw. Beschwerde führen, um sich den Erstattungsanspruch an die Staatskasse zu sichern.** (R. G. 16. V. 82.) R. C. VII. (103.) 341—343. A. V. (140.) 536—538.

2. **Das Prozeßgericht kann aus den als Beweismittel requirirten Akten eines anderen Gerichts keine Abschriften gestatten.** Die Akten des anderen Gerichts hören dadurch, daß sie auf Requisition des Prozeß-Gerichts diesem zum Gebrauch in einer ihm vorliegenden Sache gesandt wurden, nicht auf, Prozeßakten jenes Gerichts zu sein. Auf sie ist Abs. 2 des § 271 der C. P. O. anwendbar, wonach Dritten nur Einsicht zu nehmen gestattet ist, und nur auf Grund dieses Abs. 2 konnten die Akten requirirt und übersandt werden. Durch diese Uebersendung selbst können also dem betr. Dritten keine weiteren Rechte erwachsen. Daß solche Akten durch die Uebersendung Prozeßakten des requirirenden Gerichts bezw. des vor ihm verhandelten Rechtsstreits werden, ist nirgends gesetzlich bestimmt. Beschluß des O. L. G. zu Darmstadt vom 2. April 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 256 S. 358.

Zweiter Titel.

Urtheil.

1. Endurtheil.

§ 272. **§ 272.**

Ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurtheil zu erlassen.

Dasselbe gilt, wenn von mehreren zum Zwecke gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung verbundenen Prozessen nur der eine zur Endentscheidung reif ist.

§§ 138, 141.

1. Ueber den Begriff „**Endurtheil**“ s. § 472 ad **R. C. VII. (127.) 426—428** und § 427 Abs. 1 **R. C. VII. (127.) 428 ff.**

Digitized by Google

2. Die Definition von **Endurtheilen**, welche die Motive zur C. P. O. S. 297 dahin geben: „diejenigen Urtheile, durch welche ganz oder theilweise über den Klagantrag als solchen entschieden, und somit der Rechtsstreit selbst erledigt wird", ist keine den Begriff völlig erschöpfende (vergl. C. P. O. §§ 248. 276. 562). (R. G. 9. XII. 81.) R. C. VI. (94.) 336.

3. **Ob ein Urtheil als Endurtheil oder nur als Zwischenurtheil anzusehen sei**, hängt allein von der in demselben getroffenen Entscheidung ab. Ein Endurtheil (§ 272 der C. P. O.) ist jedes Urtheil, welches durch seine Entscheidung den Rechtsstreit oder den betreffenden Anspruch endlich oder, als bedingtes Endurtheil (§ 425 der C. P. O.), durch Auferlegung eines Eides wenigstens bedingt, endlich erledigt, so daß ein weiteres Urtheil in demselben Rechtsstreite oder über denselben Anspruch (abgesehen von dem das Eidesurtheil purifizirenden Urtheile) weder erforderlich noch möglich ist; im Gegensatz dazu kann daher als ein Zwischenurtheil nur dasjenige Urtheil angesehen werden, welches die Sache noch nicht in dieser Weise zur Erledigung bringt, sondern die Möglichkeit der demnächstigen Abgabe eines Endurtheils offen läßt, wenngleich es diesem präjudizirt. Unzweifelhaft liegt hiernach ein bloßes Zwischenurtheil über den Anspruchsgrund vor, wenn nur entschieden ist, daß der Anspruch seinem Grunde nach gerechtfertigt sei, weil es dann noch eines weiteren Urtheils über den Schadensbetrag bedarf. Dagegen kann bei der gleichzeitigen Verurtheilung zur Zahlung der ermittelten Schadenssumme nicht mehr von einem besonderen Zwischenurtheile über den Grund des Anspruches die Rede sein. Dementsprechend ist es zwar nur ein Zwischenurtheil über den Anspruchsgrund, wenn der Ausspruch des Richters sich darauf beschränkt, daß der Anspruch seinem Grunde nach für nicht gerechtfertigt erklärt werde, nicht aber, wenn schon die Abweisung des Klägers ausgesprochen wird, da in dem letzteren Falle zur Abgabe eines weiteren Urtheiles kein Raum bleibt, durch die Abweisung vielmehr die Sache schlechthin endlich (also eben mittels Endurtheils) erledigt ist. (R. G. 13. V. 85.) U. u. A. II. (135.) 281.

4. Im Sinne der R. C. P. O. sind **Urtheile**, nämlich diejenigen richterlichen Entscheidungen, welchen eine mündliche Verhandlung vorausgehen muß, begrifflich von denjenigen gerichtlichen Entscheidungen zu trennen, welche ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können, denen eine solche nur nach richterlichem Ermessen vorausgeht, und zu welchen die sogenannten **Beschlüsse** gehören. (B. O. L. 22. X. 83.) S. hierüber bei § 776 ad S. X. (71.) 190.

5. **Unzulässigkeit eines auf Antrag der Parteien unter Vorbehalt eines einzelnen Rechtsbehelfs ergehenden Endurtheils.** Es ist z. B. nicht zulässig, eine Aenderung des gesetzlichen Ganges des Verfahrens dadurch herbeizuführen, daß die Parteien vereinbaren, daß ein einzelner Rechtsbehelf im Prozeß unentschieden bleiben, die Entscheidung in Ermangelung einer gütlichen Vereinbarung einem künftigen Prozeß vorbehalten und also das im gegenwärtigen Prozeß mit Vorbehalt ergehende Urtheil einer entsprechenden Ergänzung bezw. Aenderung in einem künftigen Prozeß unterliegen solle. Urtheil des Reichsgerichts vom 4. Okt. 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 155 S. 233.

Digitized by Google

6. **Eine Entscheidung, in welcher von mehreren Klaggründen einige zurückgewiesen und hinsichtlich anderer Beweiserhebung beschlossen wird, ist kein Endurtheil.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 17. Jan. 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 261 S. 364. S. hierüber § 507.

7. **Unzulässigkeit der Parteivereinbarung, daß ein einzelner Rechtsbehelf unentschieden bleiben sollte.** (R. G. 4. X. 84.) U. u. A. I. (65.) 117.

8. **Der Grundsatz, daß Verurtheilung zu erfolgen hat, wenn der eingeklagte Anspruch bis zum Urtheil fällig wird, ist durch die C. P. O. nicht aufgehoben.** Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig vom 8. Juli 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 152 S. 218.

9. **Klagerhebung vor der Zeit. Fälligkeit der Klagforderung zur Zeit des Urtheils.** Urtheil des O. L. G. zu Celle vom 22. Okt. 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 153 S. 219. S. hierüber auch die vielen dort pro und contra zitirten Entscheidungen.

10. **Der Umstand, daß eine Forderung erst im Laufe des Prozesses fällig wird, steht der Verurtheilung des Beklagten nicht entgegen.** Die Frage, ob die Begründung einer Klage lediglich nach der Zeit ihrer Anstellung zu beurtheilen sei, oder ob Thatsachen, durch welche die Verletzung eines klagbar gemachten Rechtes dargethan wird, beim Urtheile berücksichtigt werden dürfen, wenn sie nach jenem Zeitpunkte eintreten, ist zwar in früherer Zeit streitig gewesen. Es haben jedoch schon vor Erlaß der neuen Reichsjustizgesetze Doktrin und Praxis sich überwiegend für die zweite Alternative ausgesprochen (vgl. außer den in dem Urtheile des Reichsgerichts, Bd. 1 S. 425 gegebenen Notizen über Literatur und Praxis, Seuffert, Archiv Bd. 33 Nr. 166; Obertribunal zu Berlin Entsch. Bd. 34 Nr. 158 (III. Senat); Bd. 32 Nr. 292 (VI. Senat); Striethorst, Archiv Bd. 22 S. 314, Bd. 18 S. 315) und das Reichsgericht schließt sich dieser Ansicht an. Für den Fall, daß eine Bedingung erst im Laufe des Prozesses erfüllt wird, hat bereits früher das Reichsgericht (I. Hilfssenat) auf Grund der preuß. Allg. Gerichtsordnung in demselben Sinne erkannt. (Entsch. des R. G.'s in Civilsachen Bd. 1 S. 425.) Die Civilprozeßordnung enthält ebenfalls keine Bestimmungen, welche dieser Rechtsansicht entgegenständen. Im Gegentheile betonen die Motive derselben mehrfach das Bestreben, die Zahl der Prozesse zu vermindern (vgl. z. B. S. 187). Die Vorschrift des § 272 C. P. O. über Erlaß des Endurtheiles umfaßt dem Wortlaute nach auch diejenigen Fälle, in welchen die Rechtsverletzung erst während der Dauer des Prozesses stattfindet. Mit Recht wird deßhalb von der neueren Doktrin ausgeführt, daß die Geltendmachung des formalen Rechtsstandpunktes dolos wäre, wenn der Beklagte nicht mit Eintritt der Fälligkeit den Kläger klaglos stellt. Eine Abweisung zur Zeit würde den Kläger zur Anstellung einer neuen Klage nöthigen, obgleich der Beklagte sich auf die alte noch vertheidigen kann. (Vgl. Förster-Eccius, Theorie und Praxis des preuß. Rechts, Bd. 1 S. 286 Note 12.) — (R. G. 20. II. 83.) R. C. VIII. (124.) 415. 416.

11. **Der Umstand, daß die Bedingung der Entstehung des eingeklagten Anspruchs beim Prozeßbeginn noch nicht existent gewesen, sondern erst im Laufe des Prozesses eingetreten ist, steht der Verurtheilung des Beklagten**

Digitized by Google

nicht entgegen. Daß der Prozeß durch die Klagebehändigung in der Art befestigt wird, daß neue Behauptungen, welche zur Begründung der Klage gehören, regelmäßig nicht mehr zu berücksichtigen sind, wenn sie nach der Klagebehändigung vorgebracht werden, ist allerdings anerkannten Rechtens. Aber im Anschlusse an einige Stellen der römischen Rechtsbücher hat die Praxis des gemeinen Rechts in älterer, wie in neuerer Zeit bei betagten und bedingten Forderungen, wenn die Zeit der Erfüllung oder die Bedingung nach der Klagebehändigung, aber zur Zeit der Urtheilsfällung eingetreten war, sich gegen die Verweisung des Klägers zu einem neuen Prozesse und für eine Verurtheilung des Beklagten ausgesprochen. (R. G. 30. IV. 80.) R. C. I. (153.) 425—427. (R. H. I. (5.) 30. R. C. VIII. (124.) 416).

12. S. bei § 27.) Abs. 1 ad R. C. II. (17.) 58. 59.

Theilurtheil.

§ 273.

§ 273.

Ist von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine, oder ist nur ein Theil eines Anspruchs, oder bei erhobener Widerklage nur die Klage oder die Widerklage zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurtheil (Theilurtheil) zu erlassen.

Die Erlassung eines Theilurtheils kann unterbleiben, wenn das Gericht sie nach Lage der Sache nicht für angemessen erachtet.

1. **Voraussetzung der Zulässigkeit des Erlasses eines Theilurtheils.** S. hierüber einen speziellen Fall bezüglich einzelner in einem Kontokorrent aufgeführten Posten. (R. G. 10. XII. 81.) R. C. VI. (13.) 57.

2. Ein Theilurtheil ist ein Endurtheil und kann als solches nur erlassen werden, wenn von mehreren in den Streit gezogenen Ansprüchen der eine, oder ein Theil eines Anspruches zur Endentscheidung reif ist (§§ 272. 273 a. a. O.). **Zur Endentscheidung reif ist ein Anspruch oder ein Theil eines solchen dann, wenn seine Existenz oder Nichtexistenz aus den festgestellten Thatsachen und den zur Anwendung kommenden Gesetzen durch logische Schlußfolgerung sich ergibt.** Handelt es sich z. B. um eine Geldforderung, so ist zwar durch deren quantitative Theilbarkeit die Möglichkeit eines Theilurtheiles, welches dem Kläger einen Theil der geforderten Summe entweder zu- oder abspricht, an sich gegeben. In beiden Fällen muß aber die Existenz oder Nichtexistenz des Anspruches in Höhe des zur Vorausentscheidung gelangenden Theilbetrages so klar gestellt sein, daß die Erörterung und Entscheidung der anhängig bleibenden Streitfragen eine Aenderung hierin nicht herbeiführen kann. Wenn also z. B. Kläger mit einem Theilbetrage vorab abgewiesen werden soll, so muß feststehen, daß, wie auch das Resultat der vorbehalten bleibenden weiteren Verhandlung und eventuell Beweiserhebung sein möge, Kläger um jenen Theilbetrag zuviel fordert und daß ihm also — nach dem dermaligen Streitstande — günstigsten Falles nicht mehr zugesprochen werden kann, als der Ueberschuß der ganzen geforderten Summe über die abgewiesene Theilforderung beträgt. Steht das nicht fest, so ist eben ein bestimmter Theil des Anspruches zur Entscheidung nicht reif, kann eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über einen Theilbetrag der eingeklagten Forderung nicht erlassen werden. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 6 S. 57.) — (R. G. 30. VI. 86.) R. C. XVI. (105.) 425. 426.

Digitized by Google

3. **Bei einem Theilurtheil spricht die Vermuthung dafür, daß alles, was nicht ausdrücklich entschieden ist, späterer Entscheidung hat vorbehalten werden wollen** und erscheint diese Vermuthung um so mehr gerechtfertigt, als das Gesetz (§ 273 Abs. 2 C. P. O.) es in das Ermessen des Richters stellt, liquide Punkte durch Theilurtheil zu erledigen oder deren Entscheidung vorzubehalten. (R. G. 1. XI. 81.) R. C. V. (110.) 391.

4. **Die materielle Rechtskraftwirkung des Theilurtheiles** ist keine stärkere wie die eines Urtheiles überhaupt. (R. G. 8. II. 82.) Ueber die Rechtskraftwirkung eines Urtheiles s. aber § 293 ad R. C. VII. (107.) 354. 355.

5. **Der Anspruch auf Ertheilung einer Abrechnung und der Anspruch auf Leistung des nach dieser Abrechnung dem Kläger Zukommenden können nicht in einem und demselben Prozeß geltend gemacht werden.** Die C. P. O. kennt kein Verfahren, welches Raum dafür böte, daß, nachdem der Beklagte diejenige Leistung, zu welcher er zunächst zu verurtheilen ist, beschafft hätte, sich innerhalb desselben Prozesses auf Grundlage eben dieser Leistung und im Anschluß an ihre Ergebnisse noch eine zweite Streitverhandlung über fernere dem Beklagten aufzuerlegende Leistungen entwickeln könnte. Das Theilurtheil ist nach § 273 nur dazu bestimmt, einen von solchen mehreren Ansprüchen vorweg zu erledigen, die, wenn sie nur sämmtlich nach Maßgabe der Parteivorträge und Beweisergebnisse schon zur Endentscheidung reif wären, jetzt bereits gleichzeitig erledigt werden könnten, nicht aber einen Anspruch von solcher Beschaffenheit, daß seine Erledigung und Befriedigung im Sinne der Klage die nothwendige Voraussetznng dafür bietet, daß der Kläger die ferneren Ansprüche überhaupt in bestimmter Abgrenzung geltend machen könne. In solchem Falle sind die letzteren Ansprüche mittels neuer Klagerhebung geltend zu machen; der erste Prozeß muß durch diejenige Verurtheilung des Beklagten, welche wegen der materiellen Abhängigkeit der weiter etwa noch geltend zu machenden Ansprüche von den noch abzuwartenden praktischen Folgen dieser Verurtheilung für jetzt allein möglich ist, seinen endgültigen Abschluß finden, abgesehen von einem etwaigen Zwangsvollstreckungsverfahren. Ihre wichtigste praktische Bedeutung hat diese Auffassung darin, daß, wenn die Verurtheilung des Beklagten zur Rechnungslegung erst auf Berufung des Klägers in der zweiten Instanz erfolgt, der etwaige Rechnungsprozeß nicht von vorn herein in die Ber.-Instanz verlegt werden kann, wie dies doch nach § 499 verglichen mit § 500 geschehen würde, wenn z. B. ein Theilurtheil zulässig wäre. Der Rechnungsprozeß muß vielmehr in ähnlicher Weise durch neue Klage bei einem Gericht 1. Instanz anhängig gemacht werden, wie nach § 778 Abs. 2 im Fall fruchtloser Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe einer Sache oder zu einer Handlung oder Unterlassung der Kläger seinen etwaigen Anspruch auf Leistung des Interesse im Wege einer neuen Klage bei dem Prozeßgericht 1. Instanz geltend zu machen hat. Urtheil des Reichsgerichts vom 20. Februar 1884. G. C. XIV. (51.) 202. 203. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 65 S. 102. 103.

6. **Zulässigkeit eines Theilurtheils im Kostenpunkt.** Einer Rechtsansicht,

Digitized by Google

wonach über Prozeßkosten überhaupt nicht im Wege eines Theilurt
soll entschieden werden können (vgl. Seuffert, Komm. zu § 87
C. P. O.), ist nicht beizutreten. Urtheil des O. L. G. zu Stuttg
vom 28. Mai 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 57 S. 84.

7. **Unzulässigkeit der Aufhebung des Urtheils 1. Instanz in
Totalität, solange an dessen Stelle nur ein Theilurtheil gesetzt wird.**
der Rechtsmittelinstanz kann ein Theilurtheil nur in der Weise erg
daß vor Allem über das Rechtsmittel als solches nur erst zum
entschieden, und entweder dasselbe soweit zurückgewiesen, oder auf
selbe die angefochtene Entscheidung soweit aufgehoben bezw. abgeä
wird. Urtheil des Reichsgerichts vom 20. Februar 1884.
XIV. (51.) 202. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 65 S. 102.

§ 274.

§ 274.

Ist von dem Beklagten mittels Einrede eine Gegenforderung geltend ge
welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Z
menhange steht, so kann, wenn nur die Verhandlung über die Forderung zur
entscheidung reif ist, diese unter Trennung der Verhandlungen durch Theilurth
folgen.

§§ 136, 141.

1. **Die Frage, ob die Gegenforderung im Fall des § 274 der C.
nach Trennung der Verhandlung und Erlaß eines Theilurtheils übe
Klage anhängig bleibe,** wird von Petersen Komm. 2. Aufl. zu §
S. 245 ff. und in Busch Zeitschrift für C. P. O. Bd. 1 S. 9
Bd. 4 S. 293 ff., sowie von Seuffert Komm. 2. Aufl. S. 358,
173 verneint und zwar beruht diese Ansicht darauf, daß das nach §
der C. P. O. erlassene Theilurtheil der Rechtskraft fähig, nicht
wie im Fall des § 502, in Betreff der Rechtsmittel und der Zwa
vollstreckung als Endurtheil anzusehen sei; sodann auf der Berücksichtig
daß nach den §§ 235, 254 nur klagend oder widerklagend verfo
Ansprüchen die Rechtshängigkeit zuerkannt sei; sowie auf § 293 Ab
während Abs. 2 nicht entgegenstehe, indem hier Rechtskraft ohne vor
gehende Rechtshängigkeit anzunehmen sei. Zahlreichere Vertreter
jedoch die entgegensetzte Ansicht (so Struckmann u. Koch 4.
§ 136 Anm. 5, § 274 Anm. 3; Wilmowski u. Levy 3. Auf
§ 136 Anm. 2; Gaupp Bd. 2 § 274 Nr. III; Endemann B
§ 136 Anm. III), auch gehen die Motive des Gesetzentwurfs von
Annahme, daß die Verhandlung über die Kompensationseinrede anhä
bleibe, aus. Diese Ansicht verdient den Vorzug. Der Zweck der
hütung von Prozeßverschleppungen, welchen die §§ 136, 274 verfo
bedingt nur die abgesonderte Verhandlung der mittels Einrede ge
gemachten Gegenforderung, nicht die Verweisung derselben aus
Prozeß, um in ganz neuer Form am Gericht des klägerischen Wohn
angebracht zu werden. Eine solche Verweisung aus dem Prozeß
um so nachtheiliger, wenn über die Einrede schon Verhandlungen
pflogen, vielleicht sogar schon Beweise erhoben wurden . . . . . De
brauchte Ausdruck, „Trennung der Verhandlungen" und die Bezeich
des Urtheils als „Theilurtheil" sprechen entschieden dafür, daß die

Digitized by Google

über den weiteren Prozeßstoff am nämlichen Gericht fortgesetzt
oll. Es ist damit ausgedrückt, daß das Gericht durch den Be-
r Trennung die Rechtshängigkeit der Kompensationseinrede be-
könne, wie im Fall des § 503 Abs. 1 eine Rechtshängigkeit
nderer Bestimmung besteht; der Rechtsstreit bleibt in Betreff
ensationseinrede in der Instanz anhängig. Urtheil des O. L. G.
ruhe vom 26. März 1884. S. A. XL. bezw. X. (317.)
.

**Wenn gemäß § 274 C. P. O. unter Trennung der Verhandlung
Forderung entschieden wird, so bleibt der auf diese Forderung
Prozeß nicht insoweit anhängig, als es sich um die Einrede der
tion oder den Kompensationsanspruch handelt und sind auf das
Urtheil auch nicht die Vorschriften der §§ 502, 563 C. P. O.
nd anzuwenden, sondern dieser Prozeß wird durch das Urtheil
erledigt.** Bezüglich des § 274 C. P. O. muß allerdings zu-
werden, daß der in demselben enthaltene Ausdruck „Theil-
", wenn durch die Kompensationseinrede Rechtshängigkeit bezüglich
nforderung nicht begründet ist, als ungenau erscheint, indem
Grund dieses Paragraphen ergehende Urtheil dann als ein ge-
s Endurtheil anzusehen ist. Aber auf diese unrichtige Be-
allein, welche aus dem Entwurf des preußischen Justizministeriums
stammt und wohl nur aus Versehen stehen blieb, nachdem die
, nach welcher auch die Kompensationseinrede Rechtshängigkeit
sollte, beseitigt worden war, kann die Ansicht nicht gestützt
daß nach der Civilprozeßordnung auch durch eine Einrede
gigkeit begründet werden könne. Vielmehr muß die Vorschrift
5, welche den Sitz der in Frage stehenden Materie bildet, um-
n Ausschlag geben, als der Ausdruck „Theilurtheil" auch nach
ssung, nach welcher durch Erlaß des § 274 a. a. O. vorge-
rtheiles sofort zwei getrennte Prozesse entstehen, von denen der
Hauptforderung, der andere die Gegenforderung betrifft, nicht
ffend erscheint. Auch nach dieser Auffassung umfaßt das bezüg-
Hauptforderung ergehende Urtheil diese ihrem ganzen Umfange
d es wird durch dasselbe der auf diese Forderung bezügliche
ollständig erledigt. Es ist dieses Urtheil also, auch wenn man
daß nach Erlaß desselben ein Prozeß über die Gegenforderung
bleibt, als ein gewöhnliches Endurtheil anzusehen, das zugleich
nforderung in ein besonderes Verfahren verweist und sich in
eise von demjenigen Urtheile unterscheidet, das nach der gemäß
s. 2 a. a. O. erfolgten Trennung bezüglich der Klageforderung
Die Fassung des § 274 C. P. O. erscheint übrigens auch nach
eren Richtung ungenau. Durch denselben soll, wie fast von
ten anerkannt wird, lediglich die Bestimmung des § 136 Abs. 1
nd ebenso wie in dieser Vorschrift das Gericht zur Anordnung
: werden, es sei über die Gegenforderung des Beklagten in einem
n Prozesse zu verhandeln. In der Begründung zu den §§ 136
C. P. O. (§§ 130, 131 des Entwurfes) wurde dieselbe als eine
liche Konsequenz der in § 136 Abs. 2 enthaltenen Vorschrift

Digitized by Google

bezeichnet und bemerkt, § 274 (§ 264 des Entwurfes) bestimme, daß die Trennung auch nach dem Schlusse der Verhandlung — durch Theilurtheil — erfolgen könne. Dessenungeachtet wird in § 274 a. a. O. gesagt, daß die Entscheidung über die Forderung „unter Trennung der Verhandlungen" durch Theilurtheil erfolgen könne, während § 136 Abs. 1 von einer Verhandlung in getrennten Prozessen spricht. Auch die Ansicht, nach welcher, falls von der in § 274 C. P. O. vorgesehenen Befugniß Gebrauch gemacht wird, der Prozeß über die Kompensationseinrede ungeachtet der bezüglich der Hauptforderung ergangenen Entscheidung weiter geführt und darüber in einem weiteren Urtheile entschieden werden soll, ist nicht als zutreffend anzusehen. Der II. Civilsenat des Reichsgerichts hat zwar in früheren Erkenntnissen, insbesondere in einem Urtheile vom 13. November 1885 (Rep. II. 274/85) ausgesprochen, eine Hinausweisung der Kompensationseinrede aus dem Prozesse und eine definitive Verurtheilung des Beklagten unter Beendigung des bezüglich der Hauptforderung bestehenden Prozesses könne in derartigen Fällen nicht erfolgen. Diese Auffassung konnte jedoch bei nochmaliger eingehender Prüfung der Frage nicht festgehalten werden. Die Civilprozeßordnung kennt allerdings Urtheile, durch welche über den durch die Klage geltend gemachten Anspruch vorläufig entschieden wird, während dem Beklagten die Geltendmachung bestimmter Vertheidigungsmittel oder die Ausführung seiner Rechte und damit auch die endgültige Entscheidung über den klägerischen Anspruch vorbehalten bleibt (vgl. §§ 502, 562). Aber die auf diese Urtheile bezüglichen Vorschriften sind als auf besondere Fälle berechnete Ausnahmebestimmungen anzusehen. Auch ist der eigenthümliche Charakter solcher Urtheile im Gesetze selbst deutlich dadurch hervorgehoben worden, daß sie nicht als Endurtheile bezeichnet, sondern nur bezüglich der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung den Endurtheilen ebenso gleichgestellt worden sind, wie dies auch hinsichtlich der in den §§ 248, 276 C. P. O. vorgesehenen Urtheile in Ansehung der Rechtsmittel geschehen ist. Ferner wurde in den §§ 503, 563 C. P. O. ausdrücklich bestimmt, daß der Rechtsstreit ungeachtet der ergangenen Urtheile anhängig bleibt und diese Urtheile aufzuheben sind, wenn sich in dem weiteren Verfahren ergibt, daß der Anspruch des Klägers unbegründet ist. Bei dieser Sachlage ist es nicht zu rechtfertigen, daß die erwähnten Vorschriften auf andere Urtheile entsprechend angewendet werden und auch bezüglich wirklicher Endurtheile angenommen wird, sie könnten selbst nach erlangter Rechtskraft durch eine spätere Entscheidung desselben Gerichtes wieder aufgehoben werden. In § 274 C. P. O. finden sich solche Bestimmungen, wie sie die §§ 502, 503, 562, 563 enthalten, nicht, vielmehr ist lediglich bestimmt, daß die Entscheidung über die Forderung, wenn nur die Verhandlung über diese zur Entscheidung reif sei, durch „Theilurtheil" erfolgen könne. Es muß deßhalb angenommen werden, daß durch dieses Urtheil, das, selbst wenn man es als wirkliches Theilurtheil ansehen will, den Charakter eines gewöhnlichen Endurtheiles hat (§ 273 C. P. O.), der Prozeß über die Hauptforderung beendigt wird. Aus dem Ausdrucke „Theilurtheil", bezüglich dessen schon oben ausgeführt wurde, daß er ungenau sei, kann für die Auffassung, nach welcher ungeachtet dieses Urtheiles die Entscheidung über die Kompensationseinrede

Digitized by Google

vorbehalten bleibe, jedenfalls ein Argument nicht entnommen werden. Wäre diese Auffassung zutreffend, so wären die auf Grund des § 274 a. a. O. erlassenen Urtheile nicht als Theilurtheile, sondern, wie auch von Vertretern dieser Ansicht zugegeben wird, als vorläufige Entscheidungen im Sinne der §§ 502, 562 C. P. O. anzusehen. (Vgl. Wilmowski-Levy 4. Aufl. § 274 Nr. 2 S. 414.) Gegen die Annahme, daß das gemäß § 274 erlassene Urtheil ein wirkliches, den Prozeß über die Hauptforderung abschließendes und nach Erlangung der Rechtskraft definitiv beendigendes Endurtheil nicht sei, spricht schon der Umstand, daß sich im Gesetze nicht der mindeste Anhalt dafür findet, dieses Urtheil solle nur die beschränkte Wirkung haben, welche den in den §§ 502, 562 C. P. O. vorgesehenen Urtheilen beigelegt worden ist. Noch deutlicher ergibt sich die Unhaltbarkeit dieser Auffassung aber aus den Vorschriften des § 136 a. a. O. In Abs. 1 dieses Paragraphen wird das Gericht zur Anordnung ermächtigt, daß über mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche „in getrennten Prozessen" zu verhandeln sei. Nach Abs. 2 soll diese Bestimmung auch dann Anwendung finden, wenn der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht hat, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht. Durch die in Abs. 1 des Paragraphen vorgesehene Anordnung, welche sich von der in § 137 a. a. O. gestatteten Beschränkung der Verhandlung auf einzelne Angriffs- oder Vertheidigungsmittel wesentlich unterscheidet, wird unbestritten die prozessuale Verbindung zwischen den verschiedenen Ansprüchen vollständig aufgehoben. Es tritt in Folge derselben das nämliche Verfahren ein, als ob von vornherein verschiedene Prozesse bei dem Gerichte anhängig gemacht worden wären. Dasselbe muß aber nach der ausdrücklichen Vorschrift des Abs. 2 auch dann gelten, wenn über Hauptforderung und Gegenforderung „in getrennten Prozessen" zu verhandeln und zu entscheiden ist. Mit dieser Vorschrift ist die Annahme unverträglich, daß ungeachtet der Verhandlung in getrennten Prozessen der Rechtsstreit ein einheitlicher bleibe und nur die Verhandlung der Kompensationseinrede von derjenigen über den Klagegrund und über die übrigen Vertheidigungsmittel getrennt werde. Ebensowenig kann aber der Sinn des Gesetzes der sein, daß in einem Prozesse über die Klage, in dem anderen davon völlig verschiedenen über die Kompensationseinrede oder den Anspruch auf Kompensation entschieden werden solle, die in dem einen Prozesse bezüglich der Klage ergangene Entscheidung aber aufzuheben sei, wenn sich herausstellt, daß die Kompensationseinrede gerechtfertigt, die Klage sonach unbegründet ist. Wenn gemäß § 136 Abs. 1 a. a. O. die Verhandlung „in getrennten Prozessen" angeordnet wird, so bezieht sich diese Anordnung auf die verschiedenen, vom Kläger geltend gemachten Forderungen. Falls Abs. 2 dieses Paragraphen zur Anwendung gelangt, können hiernach unter den verschiedenen „Ansprüchen", über welche in getrennten Prozessen verhandelt werden soll, nicht der Klaganspruch und der Kompensationsanspruch verstanden werden. Vielmehr handelt es sich hierbei lediglich um die Hauptforderung und die Gegenforderung. Die Bedeutung des § 136 Abs. 2 a. a. O. besteht, wie auch in der Begründung zu dieser Vorschrift hervorgehoben wurde, gerade darin, daß das Gericht die Verhandlung der „Gegen-

Digitized by Google

forderung" in einem getrennten Prozesse anordnen kann. Bei d
Sachlage kann von einer entsprechenden Anwendung der in den §§ 5
503 bezw. 562, 563 C. P. O. enthaltenen Vorschriften auf das be
lich der Hauptforderung ergangene Urtheil nicht die Rede sein. Viel
ist, wenn das Gericht von der in § 136 Abs. 2 vorgesehenen Befu
Gebrauch macht, über die Forderung des Klägers, wie über die des
klagten (soweit bezüglich des letzteren Rechtshängigkeit besteht) durch beso
Endurtheile zu entscheiden, welche ohne Vorbehalt der Rechte bezw. der
theidigungsmittel der anderen Partei ergehen, voneinander vollkommen
abhängig sind und nur in Folge eines Rechtsmittels aufgehoben we
können. Was von demjenigen Endurtheile gilt, das nach der ge
§ 136 Abs. 2 C. P. O. angeordneten Trennung bezüglich der Ha
forderung ergangen ist, muß aber auch von dem auf Grund des §
erlassenen, auf diese Forderung bezüglichen Urtheile gelten, da diese be
Vorschriften, wie bereits oben ausgeführt wurde, denselben Zweck
folgen, und § 274 lediglich eine Anwendung des in § 136 Abs. 2
gestellten Grundsatzes auf diejenigen Fälle enthält, in welchen die
derung des Klägers bereits zur Entscheidung reif ist. Wenn das Ur
welches zufolge der nach § 136 Abs. 2 C. P. O. angeordneten Trem
bezüglich der Hauptforderung ohne Rücksicht auf die Gegenforderung
gangen ist, den Charakter eines gewöhnlichen Endurtheiles hat, können
dem nach § 274 erlassenen sogenannten Theilurtheile die dem Endurt
vom Gesetze beigelegten Wirkungen nicht versagt werden, und ist hier
eine entsprechende Anwendung der §§ 502, 562 C. P. O. auf dieses Ur
ausgeschlossen. Bei dieser Auffassung kann der Beklagte durch die
wendung der in den §§ 136 Abs. 2, 274 C. P. O. enthaltenen
stimmungen in der Ausübung seines Kompensationsrechtes allerd
beeinträchtigt werden. Durch diese Vorschriften, welche das bisher
fach bezüglich der Kompensation auch prozessual bestehende Erforde
der Liquidität oder Liquidabilität der Gegenforderung ersetzen un
anderer Weise die Möglichkeit gewähren sollen, einer Verschleppung
auf die Hauptforderung bezüglichen Prozesses vorzubeugen, wird nä
nach der oben dargelegten Auffassung das Gericht ermächtigt, die
dem Beklagten geltend gemachte Gegenforderung aus dem Prozesse
die Hauptforderung hinauszuweisen. Wird von dieser Befugniß Geb
gemacht, so wird dadurch der Ausübung des Kompensationsrechtes in
erwähnten Prozesse allerdings die Grundlage entzogen. Die Kom
sationseinrede fällt infolge der Verweisung der Gegenforderung in e
besonderen Prozeß von selbst zusammen. Der Beklagte verliert hier
nicht bloß den Anspruch darauf, daß über Forderung und Gegenforde
gleichzeitig verhandelt werde, sondern auch den weiteren Anspruch,
die Entscheidung über die Forderung erst dann erfolge, wenn auch
Gegenforderung spruchreif sei. Er muß es sich gefallen lassen, daß
die Hauptforderung ebenso verhandelt und entschieden werde, als ob
Gegenforderung gar nicht geltend gemacht worden wäre, und kann
nur im Zwangsvollstreckungsverfahren auf dem in § 686 C. P. O.
gesehenen Wege auf den Eintritt der Kompensation berufen, wenn
zwischen seine Gegenforderung anerkannt worden ist und die Voraussetzu
der angeführten Vorschrift vorliegen. Aber diese Wirkungen der von

Digitized by Google

Gerichte angeordneten Trennung ergeben sich mit Nothwendigkeit aus den Maßregeln, zu denen dasselbe ermächtigt worden ist, sind also von dem Gesetze gewollt. Hätte dem Gerichte bloß die Befugniß zu einer Trennung der Verhandlungen über die Kompensationseinrede von derjenigen über den Klagegrund und die übrigen Vertheidigungsmittel des Beklagten eingeräumt, diesem dagegen das Recht, seinen Kompensationsanspruch im Prozesse über die Hauptforderung geltend zu machen, gewahrt werden sollen, so hätte hierzu die Vorschrift des § 137 C. P. O. genügt. Auch hätte es, wenn in einem und demselben Rechtsstreite über Hauptforderung und Gegenforderung hätte entschieden und die Möglichkeit hätte offen gelassen werden sollen, die Verurtheilung des Beklagten in Folge nachträglicher Begründung der Kompensationseinrede wieder zu beseitigen, nahe gelegen, diese Verurtheilung als eine nur vorläufige, unter Vorbehalt endgültiger Entscheidung erfolgende zu behandeln und ähnliche Vorschriften zu treffen, wie sie die §§ 502, 562 C. P. O. enthalten. Ein solches Verfahren ist aber im Gesetze nicht vorgesehen. Vielmehr gestattet dasselbe eine vollständige Trennung der auf die Forderung und Gegenforderung bezüglichen Prozesse und läßt die Entscheidung über die Hauptforderung durch gewöhnliche, nur der Anfechtung durch Rechtsmittel unterliegende Endurtheile erfolgen, welche durch die Entscheidung über die Gegenforderung nicht unmittelbar berührt werden. (Vgl. im Sinne der reichsgerichtl. Entsch. Petersen in der Zeitschrift für deutsch. Civilproz. Bd. 1 S. 93, Bd. 4 S. 293 und in Gruchot's Beiträgen Bd. 30 S. 1; Seuffert, 3. Aufl. S. 190; Fitting, Lehrbuch § 43 Anm. 27; v. Bülow, Kommentar S. 85, 155; Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 1 § 127 S. 286; Eccius in Gruchot's Beiträgen Bd. 23 S. 742 und in Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht Bd. 1 § 94 Anm. 66 S. 686; Löning, Zeitschr. für deutsch. Civilprozeß Bd. 4 S. 48 Anm. 47; Schwalbach im Archiv für civilistische Praxis Bd. 64 S. 269; Lippmann, ebendas. Bd. 65 S. 358; Weismann, Hauptintervention S. 118, 165; Kroll, Klage und Einrede S. 202, 271; Förster, Kommentar § 136 Nr. 5c S. 229.) (R. G. 11. V. 86.) R. C. XVI. (93.) 379—385.

3. **Ueber eine Gegenforderung im Sinne des § 276 ist ein Zwischenurtheil nicht statthaft.** (R. G. 16. V. 82.) R. C. VI. (132.) 422.

4. Nach l. 14 § 1 Cod. de compens. 4, 31 war der Richter befugt und verpflichtet, eine illiquide Kompensationseinrede zu besonderem Verfahren zu verweisen; wenn die Feststellung der Gegenforderung voraussichtlich eine Zeitdauer in Anspruch nahm, welche in keinem Verhältnisse stand zu der für die Feststellung der Klageforderung erforderlichen Zeit. Diese Bestimmung hatte wie die ähnliche der §§ 359 ff. preuß. A. L. R. I. 16 nicht eine materiellrechtliche, sondern lediglich prozeßrechtliche Bedeutung; es ist daher streitig, ob sie als mit dem römischen Prozesse zusammenhängend im gemeinen deutschen Prozesse noch Anwendung finden konnte; jedenfalls ist sie, wie die angeführte Bestimmung des preußischen Rechtes, durch die Prozeßordnung beseitigt (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 12 S. 254), und es sind nunmehr für die prozessuale Behandlung der Kompensationseinrede die Bestimmungen dieses Gesetzes (§§ 136, 274 a. a. O.) maßgebend. Nach jetzigem Rechte kann

Digitized by Google

hiernach, wenn die Voraussetzungen des § 274 C. P. O. vor unter Trennung der Verhandlungen durch Theilurtheil üb Klageforderung entschieden werden. **Es kann aber nicht die K sationseinrede aus dem Prozesse zurückgewiesen und unter Beendigu Prozesses eine definitive Verurtheilung des Beklagten erfolgen; d quidität der zur Kompensation gebrachten Gegenforderung rechtfertigt die Aberkennung des materiellen Kompensationsrechtes noch die weisung der Einrede als solcher aus dem Prozesse.** (R. G. 13. XI R. C. XV. (99.) 376.

5. **Durch die Einrede der Kompensation wird bezüglich der G forderung keine Rechtshängigkeit begründet.** (R. G. 11. V (R. C. XVI. (93.) 371. S. hierüber bei § 235 ad R. C. XVI. 375—378.

6. **Unterschied zwischen § 136 und § 274** s. § 136 ad S. A. 9 bezw. 12 Nr. 250 S. 351.

7. **Die Bestimmungen des preuß. A. L. R. I. 16 §§ 359—3 durch die §§ 136, 274 C. P. O. beseitigt und ersetzt.** (R. G. 1. X S. hierüber bei § 136 ad R. C. XII. (62.) 254.

2. Zwischenurtheil.

§ 275.

§ 275.

Ist ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel o Zwischenstreit zur Entscheidung reif, so kann die Entscheidung durch Zwische erfolgen.

§ 68.

1. Ueber **„Zwischenurtheil"** (Rechtsmittel betr.) s. § 472 ad **VII. (127.) 427.**

2. **Zwischenurtheil oder Vorabentscheidung über den Grund d spruchs.** Urtheil des O. L. G. zu Kiel v. 8. März 1886. XLI. bezw. XI. (238.) 366 ff.

3. **Nach Geltendmachung mehrerer peremptorischer Einreden Verfahren derart, daß in Bezug auf eine derselben sofortige Eides angeordnet und rücksichtlich der anderen weitere Verhandlung nur f Fall der Verweigerung dieser Eidesleistung in Aussicht gestellt wird, lich unstatthaft.** (B. O. L. 6. VII. 82.) S. hierüber bei § 426. ad S. IX. (220.) 649—652.

4. Das Gesetz gewährt dem Richter die Möglichkeit, über e zelnes selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel durch Zw urtheil zu erkennen. Nothwendige Voraussetzung dieses wie jedes U ist, daß der betreffende Prozeßstoff zur Entscheidung reif sei (§ 2 C. P. O.). **Bedingt werden kann das Zwischenurtheil nur insofer die Entscheidung von der Leistung eines Eides abhängig gemach (§ 246 426 Abs. 2), nicht aber kann die Entscheidung vom Erfolg e anderer Weise zu erbringenden Beweises abhängig gemacht werden** in dieser Weise nach Art des Beweisinterlokuts des früheren ge Prozesses ergangener richterlicher Ausspruch hat keinerlei rechtlich kung. Das Gericht, welches den Ausspruch gethan, ist an denselbe gebunden, wie es an ein Zwischenurtheil gebunden wäre (§ 28 kann auf den Inhalt desselben als auf einen festgestellten Punkt sic

Digitized by Google

beziehen, sondern muß über den fraglichen Punkt selbständig entscheiden, und diese Entscheidung hat, um wirksam zu sein, dieselben Voraussetzungen wie jede Entscheidung, insbesondere also muß sie lediglich auf Grund der vor dem Gericht stattgehabten Verhandlung ergangen und als so ergangen kennbar gemacht sein. Urtheil des Reichsgerichts v. 24. Febr. 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (303.) 451. 452 u. R. C. XVI. (73.) 328 ff.

5. **Wenn eine Entscheidung „die Einrede der mangelnden Passivlegitimation" verwirft, so ist sie kein Zwischenurtheil, das mit der Berufung angegriffen werden kann.** Es ist in der Wissenschaft und Rechtsprechung längst außer Zweifel, daß die Bestreitung der Passivlegitimation keine Einrede, sondern die Verneinung sei, daß der geltend gemachte Anspruch dem Kläger gegen den Beklagten zustehe (vgl. Wetzell, System § 16 S. 134; Bethmann-Hollweg, Versuche S. 100 f.; Renaud, Civilprozeß § 87; Seuffert, Archiv Bd. 5 Nr. 233, Bd. 14 Nr. 270); daher ist auch ein Zwischenurtheil, welches diese angebliche Einrede verwirft, kein solches über ein einzelnes selbständiges Vertheidigungsmittel, sondern über einen Theil des Anspruches, darüber nämlich, ob dieser, wenn überhaupt begründet, gegen diesen Beklagten verfolgt werden könne. Weil aber hiernach nicht über den Anspruch nach allen Richtungen, in seiner Gesammtheit, vorab entschieden wird, ist das Zwischenurtheil kein solches im Sinne des § 276, sondern fällt unter § 275 C. P. O. und findet daher keine Berufung gegen dasselbe statt. (R. G. 25. IV. 84.) R. C. XI. (102.) 391.

6. Prozeßfähigkeit (pers. standi in judicio) ist von der Parteifähigkeit (legitimatio ad causam) verschieden (§ 81). Eine bloß letztere bejahende Entscheidung ist kein Endurtheil, sondern nur ein präparatorisches die Sache selbst nicht betreffendes Zwischenurtheil. Entsch. v. 15. V. 82.

§ 276. **§ 276.**

Ist ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig, so kann das Gericht über den Grund vorab entscheiden.

Das Urtheil ist in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen; das Gericht kann jedoch, wenn der Anspruch für begründet erklärt ist, auf Antrag anordnen, daß über den Betrag zu verhandeln sei.

1. **Abs. 1. Das Gericht kann von der Trennungsbefugniß des § 276 Gebrauch machen, allein die Parteien sind nicht berechtigt, dies zu verlangen.** (R. G. 5. V. 83.) R. C. X. (108.) 357.

2. Die Bestimmung des § 276 der Reichscivilprozeßordnung darf nicht so aufgefaßt werden, als ob das Gericht befugt wäre, einfach mit Anwendung der allgemeinen Begriffe von Grund und Folge in allen Fällen, in welchen der Klagegrund und dessen Wirkungen bestritten sind, eine gesonderte Vorentscheidung über den ersteren zu erlassen. Zwar ist nach den Motiven der Prozeßordnung die gedachte Bestimmung nicht auf Ansprüche beschränkt, welche den Ersatz eines Schadens oder die Leistung des Interesse bezielen, sondern sie erstreckt sich auf alle Ansprüche, bei welchen eine Trennung des Inhalts nach Grund und Betrag denkbar ist, und ist es demnach insbesondere unerheblich, ob der Grund des Anspruchs ein dinglicher oder persönlicher ist, ob er auf vermögensrechtlichen oder anderen Verhältnissen beruht. Allein sowohl die gewöhnliche Bedeutung des Ausdruckes „Betrag", als der Zweck des Gesetzes: sachge-

Digitized by Google

mäße Vereinfachung durch Trennung des Prozeßstoffes, lassen keinen gründeten Zweifel Raum, daß **§ 276 nur in denjenigen Fällen anwe** ist, **in welchen der Gegenstand des streitigen Anspruches in der Le einer Geldsumme oder einer Quantität anderer fungibler Sachen** und deßhalb eine Scheidung des quale und quantum möglich ist, folglich eine Vorentscheidung nach § 276 überall dort ausgeschlosse wo die beanspruchte Verpflichtung zunächst und unmittelbar auf Le einer individuell bestimmten Sache oder auf Vornahme von Handl gerichtet ist; denn in solchem Falle kann nach der Natur der Sache von einer Unterscheidung nach Grund und Betrag noch davon die sein, daß durch eine präjudizielle Entscheidung über den Grund des spruches eine Vereinfachung des Verfahrens erreicht werden k (Vgl. die Kommentare zur Reichs-Civilprozeßordnung von Seuf Bülow, Wilmowsky und Levy, Sarwey zu § 276). (V L. 27. I. 83.) S. X. (4.) 10. 11.

3. **Der § 276 C. P. O. hat zur Voraussetzung, daß ein An nach Grund und Betrag streitig ist, und macht die Befugniß des Ger über den Grund des Anspruches vorab zu entscheiden, nicht von de mellen Voraussetzung einer deßfallsigen der Entscheidung vorausgegan Beschlußfassung abhängig.** Wenn aber das Urtheil den An für unbegründet erklärt und es deßhalb unterläßt, über den Betrag selben zu entscheiden, so läßt sich aus dem Urtheile selbst nicht er daß „vorab", d. h. vorläufig und vorbehältlich späterer Entscheidung den Betrag, nur über den Grund des Anspruches entschieden ist, also das Gericht von der ihm durch § 276 C. P. O. nur erth Befugniß, statt eines Endurtheiles ein Zwischenurtheil zu erl hat Gebrauch machen wollen. Aeußerlich stellt sich vielmehr die scheidung als ein den Anspruch nach allen Seiten erledigendes urtheil dar, während die Sache sich anders verhalten und die En dung als ein nach § 276 C. P. O. ergangenes Zwischenurtheil über den Grund des Anspruches erscheinen würde, wenn zuvor ein Bes daß vorab nur über den Grund des Anspruches entschieden werden verkündet worden wäre. Es ist die Erkennbarkeit der Absicht, ein Endurtheil nach Maßgabe von § 272 C. P. O. zu erlassen vielmehr vorab nur über den Grund des Anspruches zu entscheiden wendig. Eine solche Absicht ergibt sich z. B. auch aus einer in Ge heit des § 137 C. P. O. verfügten Beschränkung der Verh lung der Parteien auf den Grund der Klage. Die Erkennbarkeit Absicht ist aber nicht überflüssig, da nach § 272 C. P. O. das richt, welches den Anspruch überhaupt für unbegründet und deßhall Rechtsstreit, ohne daß es noch eines Eingehens auf den Betrag des spruchs bedarf, für zur Endentscheidung reif erachtet, an sich solche Endentscheidung zu erlassen verpflichtet und daher au Zweifel anzunehmen ist, daß dies geschehen sei. Ist aber ein urtheil erlassen, hat also das Gericht nicht daran gedacht, vo Befugniß des § 276 C. P. O. Gebrauch machen zu wollen, so i nicht eine in der Natur der Sache liegende Nothwendigkeit, daß bei Aenderung des Urtheiles in der Berufungsinstanz nunmehr der Richter die erforderliche weitere Entscheidung über den Betrag des

Digitized by Google

spruches zu treffen hat, sondern es hat umgekehrt nach dem durch § 499 C. P. O. der Berufung im Prinzipe beigelegten weitgehenden Devolutiveffekte das Berufungsgericht auch über die streitige Höhe des Anspruches zu entscheiden, sobald keiner der Ausnahmefälle des § 500 C. P. O. vorliegt. Wenn aber, wie es auch die Auffassung der Motive des Entwurfes (vgl. Hahn, Materialien S. 284) ist, durch den § 276 C. P. O. dem Gerichte nur Befugniß hat gewährt werden sollen, die Vorfrage, ob der Anspruch begründet ist, durch Vorabentscheidung d. h. unter vorläufiger „Ausscheidung" des Betrages des Anspruches als Gegenstand des Streites, (vgl. a. a. O. S. 359), zum Gegenstande eines besonderen, einem sofortigen Angriffe unterliegenden Urtheiles zu machen, so ist nicht abzusehen, weßhalb bei „logischer" Interpretation das Gesetz nicht auch die hiermit in untrennbarem Zusammenhange stehende Frage der Zurückverweisung in die erste Instanz von dem Willen des ersten Richters, vorab über die Vorfrage oder endgültig zu entscheiden, habe anhängig machen sollen. (R. G. 3. I. 84.) R. C. X. (141.) 429—431. A. IX. (77.) 351—353. (R. C. V. (102.) 376. (117.) 412. VI. (13.) 57. VIII. (104.) 361.)

4. **Eine Vorabentscheidung über den Grund des Anspruches im Sinne des § 276 C. P. O. liegt nicht nur dann vor, wenn das Gericht vorher den Beschluß gefaßt hat, es solle nur über den Grund des Anspruches entschieden werden.** Der § 276 a. a. O. stellt keine andere Voraussetzung einer solchen Entscheidung auf, als daß der Anspruch nach Grund und Betrag streitig sei. Er macht die Befugniß des Gerichtes, über den Grund des Anspruches vorab zu entscheiden, nicht von der formellen Voraussetzung abhängig, daß zuvor durch Beschluß des Gerichtes die Verhandlung und Entscheidung oder die Entscheidung allein auf den Grund des Anspruches eingeschränkt worden ist. Wenn aber in einem Urtheile der Anspruch für unbegründet erklärt und deßhalb über den Betrag nicht entschieden ist, so läßt sich aus dem Urtheile selbst nicht erkennen, daß vorab, d. h. vorläufig und vorbehaltlich späterer Entscheidung über den Betrag, nur über den Grund des Anspruches entschieden worden ist, vielmehr stellt sich eine derartige Entscheidung in der Regel als eine, den Anspruch nach allen Richtungen hin erledigende, endgültige dar. Anders würde es sich verhalten, wenn das Urtheil in Gemäßheit eines zuvor verkündeten Beschlusses, daß nur über den Grund des Anspruches entschieden werden solle, ergangen wäre. (R. G. 21. XI. 82.) R. C. VIII. (104.) 361. 362. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 276 S. 353. (R. C. V. (102.) 376. (117.) 412. X. (141.) 429—431. Seuffert, Archiv Bd. 37 Nr. 268.)

5. Eine **Vorabentscheidung** liegt nur dann vor, wenn im Sinne des § 275 über den Grund des Anspruches als eine einzelne Voraussetzung desselben (als ein „einzelnes selbständiges Angriffsmittel") durch Zwischenurtheil besonders entschieden, nicht aber wenn bereits ein Endurtheil in der Sache selbst abgegeben ist. Denn nach der Bestimmung im Art. 2 des § 276 soll das über den Anspruchsgrund vorab entscheidende Urtheil nur in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil angesehen, also nur in dieser einen Beziehung demselben gleich behandelt werden; es wird daher vorausgesetzt, daß dasselbe nicht selbst schon

Digitized by Google

ein Endurtheil enthält. (R. G. 13. V. 85.) U. u. A. II. (
280. 281.

6. **Eine Vorabentscheidung über den Grund des Anspruches liegt nicht vor, wenn das Gericht nach erfolgter Beschlußfassung, die Verhand zunächst auf den Grund des Anspruches zu beschränken, auf Abweisun Klage erkannt hat.** (Der materiellrechtliche Theil der Entscheidun abgedruckt in Bd. 15 Nr. 26 S. 121). Nur eine Entscheidung, n den erhobenen Anspruch für begründet erachtet, nicht aber eine s welche, wenn auch nach vorhergegangenem Beschlusse die Beschrän der Verhandlung oder Entscheidung auf den Grund, den Anspruch, er unbegründet, abweist, ist als eine Vorabentscheidung im Sinne Vorschriften anzusehen. Für die entgegengesetzte Meinung spricht dings die Fassung des § 276. Für die obige Auffassung spricht zunächst die Entstehungsgeschichte des § 276. Vgl. Hahn, Materi zur Civilprozeßordnung Bd. 1 S. 600. 601. S. Ausführliches in XVI. (70.) S. 312—314). Noch entscheidender gegen jene Auffa spricht aber ihre Unnatürlichkeit und Unzweckmäßigkeit. Erachtet Gericht den Grund des Anspruches als nicht vorhanden, so ist für selbe der Rechtsstreit zur Entscheidung reif. Weßhalb das Gerich solchem Falle nicht entsprechend § 272 C. P. O. diese Endentschei durch Endurtheil jedesmal zu erlassen hätte, sondern auch nach s Ermessen dies durch eine Entscheidung sollte aussprechen können, welche die fernere Entscheidung über den Betrag des Anspruches, in höherer Instanz über den Grund desselben anders entschieden w ihm vorbehalten bliebe, dafür ist ein innerer Grund durchaus nich sichtlich. Der Gesichtspunkt, daß der Partei auch in Betreff des Scha betrages die Instanz zu wahren sei, ist in allen Entwürfen (vgl. i sondere S. 278 der Motive des Entwurfes von 1872 und S. 21 Motive des dem Reichstage vorgelegten Entwurfes) gerade aufge worden. Er paßt auch nicht zu dem Ermessen, welches dem Ge anheimgegeben ist. Beim Mangel jedes erkennbaren Zweckes, we ein Gericht, das materiell seine Aufgabe erfüllt hat, sich doch so Befugniß vindiziren können, eventuell noch einmal über die Sache z kennen, fehlt es auch durchaus an Gesichtspunkten, welche für Ausü dieses Ermessens maßgebend sein sollten. Auch gibt das Gesetz k Anhalt dafür, wie denn das zu erlassende Urtheil zu kennzeichne um erkennen zu lassen, daß, obwohl der Entscheidungsgrund ei ganzen Rechtsstreit erledigender ist, doch kein Endurtheil, sondern ein Urtheil, welches wie es § 276 Abs. 2 C. P. O. ausdrückt, in b der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen wäre, erlassen sei. Für Unterscheidung wird in der Regel (vgl. die oben angeführten Urth auch Seuffert, Kommentar zur Civilprozeßordnung 3. Aufl. S. Note 5) daran angeknüpft, ob das Gericht vor der Entscheidung Beschluß die Verhandlung auf den Grund des Anspruches beschränkt Allein das Gesetz spricht von einer Beschränkung der Verhandlung den Grund des Anspruches überhaupt nicht und ebensowenig von zu verkündenden Beschlußfassung, daß die Entscheidung auf den G des Anspruches zu beschränken sei, sondern nur von der Beschrän der Entscheidung auf diesen Grund. Aber, wenn man auch einen vo

Digitized by Google

gehenden Beschluß der Beschränkung der Verhandlung auf den Grund für zulässig erachten will, so ist es ein durchaus unzutreffendes Merkmal (und dies ist ein deutliches Zeichen der Unhaltbarkeit der ganzen betreffenden Auffassung), aus der Thatsache des voraufgegangenen Beschlusses einer Beschränkung der Verhandlung auf den Grund, auch wenn dieselbe im Thatbestande erwähnt wird, sowie aus der Nichtwiederaufhebung dieses Beschlusses den Charakter des die Klage wegen mangelnden Grundes abweisenden Urtheiles als einer bloßen Vorabentscheidung herleiten zu wollen. Da der Beschluß doch in der Regel zu einer Zeit gefaßt werden wird, zu welcher das Gericht zu einem Ergebnisse über das Vorhandensein des Anspruchsgrundes noch nicht gelangt ist, so kann man mit mehr Recht annehmen, daß, indem das Gericht später infolge des gefundenen Ergebnisses, daß der Anspruchsgrund nicht vorhanden die Abweisung der Klage ausspricht, es damit den früher gefaßten Beschluß in seinen Wirkungen beseitigt. Denkt man dagegen an einen der Fassung oder Verkündung des Urtheiles unmittelbar vorausgehenden Beschluß, es solle die Entscheidung nur vorab über den Grund des Anspruches erfolgen, so vermag ein solcher doch sowenig wie eine dahin gehende Erklärung in den Urtheilsgründen dem auf Abweisung der Klage wegen mangelnden Grundes gehenden Urtheile den Charakter und die Wirkungen einer Endentscheidung zu nehmen. Wollte man aber ein Urtheil des Inhaltes, daß, statt einer Abweisung der Klage, nur der Anspruch seinem Grunde nach für nicht gerechtfertigt erklärt werde, statuiren, so würde es, nachdem ein solches Urtheil rechtskräftig geworden, immer noch eines nunmehrigen neuen Urtheiles, daß die Klage abzuweisen, bedürfen. Solche Absonderlichkeiten liegen nicht im Sinne der Civilprozeßordnung und beweisen nur die Unvereinbarkeit einer Verwerfung des Klagegrundes mit einer Vorabentscheidung. Der § 276 a. a. O. kann daher überhaupt nur Anwendung finden, wenn der Anspruch für begründet erachtet wird, und es kann auch, worauf es aber allerdings für den vorliegenden Fall nicht ankommt, nicht mit dem V. Civilsenate in der bereits erwähnten Entscheidung die Möglichkeit einer Vorabentscheidung bei Verwerfung des Anspruchsgrundes in der Weise, daß statt auf Abweisung der Klage auf Nichtbegründeterklärung des Anspruches erkannt werde, zugegeben werden. Diese Auffassung ist auch in der Literatur die weitaus überwiegende. (Vgl. die Kommentare zur Civilprozeßordnung von v. Wilmowski-Levy (4. Aufl.) Note 1 zu § 276, Struckmann u. Koch (4. Aufl.) Note 1 zu § 276 und Note 4 zu § 500 Ziff. 3, Gaupp Bd. 2 S. 137, Petersen (2. Aufl.) Note 1 zu § 276 und S. 725 Note 4, sowie Wach, Vorträge S. 300). Im Einklang hiermit steht das Urtheil des V. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 13. Mai 1885 i. S. L. wider Li. Rep. V. 105/85; im Widerspruch dagegen das Urtheil des I. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 8. April 1885 i. S. M. wider Aachen-Leipziger Feuerversicherungsaktiengesellschaft Rep. I. 5/85. Vgl. juristische Wochenschrift S. 243 Ziff. 10. 11; Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 5 S. 411, Bd. 6 S. 57, Bd. 10 S. 427 f.; Rassow-Küntzel (Gruchot), Beiträge Bd. 27 S. 1098. 1106. (R. G. 5. II. 86.) R. C. XVI. (70.) 311—317.

7. **Zwischenurtheil oder Vorabentscheidung über den Grund des An-**

Digitized by Google

**spruchs. Ein Urtheil, welches dem § 276 entspricht, ist nur v
wenn alle den Grund des Anspruchs darstellenden Momente von
bejaht werden** (vgl. Wilmowski und Levy Komm. Anm. 2 zu
Die entsprechende Formel ist hier „X. wird schuldig erkannt, de
wegen — — — Schadensersatz zu leisten; die Feststellung des
wird vorbehalten." Enthält dagegen die Formel nur eine einze
sächliche Feststellung und ist nur ein Erwägungsgrund ausgespro
Entscheidung selbst dagegen noch offen gelassen, und kein Urtheil al
aus dem die Verbindlichkeit des Beklagten zu der beanspruchten
ohne weiteres folgt, so ist nur ein gewöhnliches Zwischenurtheil i
des § 275 vorhanden. Urtheil des O. L. G. zu Kiel v. 8. Mä
S. A. XLI. bezw. XI. (238.) 366 ff.

8. Wenn der § 276 einen Streit über den Grund des A
und über den Betrag desselben unterscheidet, so **muß zu dem G
des Streits über den Grund des Anspruchs auch die etwaige F
eine Wiederaufhebung des Anspruchs stattgefunden habe, gerechnet
Die durch den § 276 zugelassene Vorabentscheidung muß sich a
mittelbar darüber aussprechen, ob der Anspruch seinem Gru
begründet oder nicht begründet ist. Urtheil des Reichsgerich
1. Febr. 1884. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 254 S. 348.

9. **Die Vorschrift des § 276 C. P. O. schließt nicht aus,
Abgabe eines Urtheiles über den Grund des Anspruches mit A
einer Entscheidung über den Betrag der Grund des Anspruches
Urtheilsformel selbst durch Angabe der rechtlich relevanten Thatsac
denen er sich zusammensetzt, näher bestimmt und begrenzt wird**
Bestimmung und Begrenzung ist dann als integrirender Theil
scheidung in der Art aufzufassen, daß der Anspruch mit der f
Bestimmung und Begrenzung dem Grunde nach für gerechtfertig
werden soll. Ein Urtheil in diesem Sinn kann aber nur erlassen
wenn alle diejenigen rechtlich relevanten Thatsachen, aus denen de
des Anspruches sich gestaltet, in der Art feststehen, daß sich a
das Vorhandensein des Anspruches mit Nothwendigkeit ergibt.
**und solange der gegebene Prozeßstoff noch die Möglichkeit in sich t
bei näherer Untersuchung der zur Begründung des Anspruches au
Behauptungen der geltend gemachte Anspruch auf den prozeßmä
denen Unterlagen sich als nicht vorhanden erweist, ist für eine A
scheidung, mit welcher der Anspruch dem Grunde nach für gere
erklärt wird, überall kein Raum.** (R. G. 5. III. 86.) R. G
(94.) 387. 388.

10. **Wenn neben der Erfüllung einer Verbindlichkeit acces
Verurtheilung zum Ersatze des aus der bisherigen Nichterfüllung ent
Schadens gefordert wird, so genügt die bloße Möglichkeit,
solcher Schade entstanden sei, um unter Vorbehalt des späteren A
im Einzelnen die fragliche Verurtheilung im Allgemeinen auszu**
(R. G. 13. XII. 82.) R. C. XII. (93.) 353.

11. **Ueber den Grund einer Einrede kann kein Zwischenurt
Maßgabe des § 276 C. P. O. erlassen werden,** es ist vielmehr
Zwischenurtheil nach § 275 zulässig, wobei vorausgesetzt wird,

Digitized by Google

Einrede zur Entscheidung — auch dem Betrage nach — reif sei. **Das Gleiche gilt auch bei der Kompensationseinrede.** Es kann nämlich die Meinung mehrerer Ausleger der Prozeßordnung nicht gebilligt werden, wonach diese Einrede theoretisch der Widerklage gleichgestellt und daher angenommen wird, daß auch über den Grund des mit ihr geltend gemachten Anspruches im Sinne des § 276 C. P. O. vorab entschieden werden könne. Diese Auslegung findet weder im Gesetze noch in den hierfür angezogenen Stellen der Motive ihre Rechtfertigung. Der § 136 stellt die einredeweise vorgebrachte Gegenforderung den in einer Klage erhobenen Ansprüchen nur insofern gleich, als das Gericht deren getrennte Verhandlung anordnen kann, wenn sie mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht; der § 254 sagt, wie sich insbesondere aus seinem Zusammenhange mit § 253 ergibt, nicht, daß der einredeweise im Laufe des Prozesses erhobene Anspruch die Rechtshängigkeit begründe, also die Kompensationseinrede als Anspruch im Sinne der Klage und Widerklage zu gelten habe, und aus § 274, welcher ein Theilurtheil über die Forderung (nicht auch die Gegenforderung, welche im Wege der Einrede geltend gemacht worden ist) zuläßt, folgt nichts für die Statthaftigkeit eines Zwischenurtheils über die Gegenforderung im Sinne des § 276; es könnte hieraus eher das Gegentheil hergeleitet werden. Die Bestimmung des § 293 Abs. 2 endlich beruht auf ganz besonderen, mit der früheren Streitfrage über den Umfang der Rechtskraft zusammenhängenden Erwägungen, sodaß auch die Motive hierzu für die vorliegende Frage, die sie übrigens gar nicht berühren, nicht verwerthet werden können. Die Motive zum § 235 besagen an der einen Stelle nur, daß ein klagend geltend gemachter Anspruch auch mit der Tragweite rechtshängig sei, daß er nicht in einem anderen Prozesse im Wege der Kompensation vorgeschützt werden könne, und geben zugleich den Ausweg an, wie gleichwohl der Beklagte den bereits klagend von ihm erhobenen Anspruch auch als Gegenforderung in dem gegen ihn geführten Prozesse wahren könne, und die Bemerkung an der andern Stelle, daß Widerklage und Kompensationseinrede nicht durch Zustellung eines Schriftsatzes, sondern in der mündlichen Verhandlung erhoben werden, ist gewiß nicht von der Bedeutung, daß auf Grund derselben ein System in das Gesetz hineingelegt werden könnte, wonach der Kompensationseinrede der Charakter eines Vertheidigungsmittels entzogen würde. Muß ihr aber diese Bedeutung beigelegt werden, so folgt daraus, daß, wenn sie nach Grund und Betrag zur Entscheidung reif ist, jedenfalls ein Zwischenurtheil nach § 275 C. P. O. ergehen kann, gegen welches keine Berufung stattfindet; damit ist aber die Möglichkeit eines Zwischenurtheils über den Grund allein, welches in betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen wäre, unvereinbar. (R. G. 16. V. 82.) R. C. VI. (132.) 420—423. A. VI. (25.) 135—137. S. hierüber auch bei § 528. (R. G. 16. I. 85.) R. C. XIII. (109.) 404.

12. Wie schon vom zweiten Civilsenate (vgl. Entsch. des R. G.'s Bd. 6 Nr. 132 S. 420) und vom dritten Civilsenate (vgl. Urtheil vom 2. Oktober 1883 i. S. Kirchenvorstand zu Lorchhausen wider Meckel, Rep. III 106/83) ausgeführt ist, **bezieht sich die Bestimmung des § 276 nur auf den Klaganspruch, nicht aber auf eine einredeweise geltend gemachte**

Digitized by Google

Forderung. Ueber eine solche kann zwar nach § 275 ein Zwische ergehen, aber nur, insofern über die Einrede als über ein selbs Vertheidigungsmittel erkannt werden kann. Dies ist der Fall, w der Grund der Einrede als hinfällig darstellt; denn dann ist die selbst zur Entscheidung reif. Immer findet aber auf ein solches d rede abweisende Zwischenurtheil die Bestimmung des Abs. 2 des nicht Anwendung, dasselbe ist in betreff der Rechtsmittel nicht al urtheil anzusehen. Anders, wenn zwar der Grund einer einre geltend gemachten Forderung als vorhanden sich darstellt, der Betr streitig bleibt. In diesem Falle ist die Einrede als selbstän Vertheidigungsmittel noch nicht zur Entscheidung reif. Ueber kann mithin überhaupt kein Zwischenurtheil ergehen. § 276 C enthält zwei Bestimmungen: 1. über den Grund eines Anspruch durch Zwischenurtheil vorab erkannt werden; 2. eine solche Entsc ist in betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen; beid stimmungen aber gelten nur von einem im Wege der Klage gelt machten Anspruche. (R. G. 29. III. 84.) R. C. XII. (101). 363

13. Der in vorstehenden Entscheidungen ausgesprochene **Rech satz, daß die in § 276 zugelassene Vorabentscheidung über den Grun nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs auf Einreden nicht an ist, gilt zweifellos auch hinsichtlich der Retentionseinrede**; denn mitt selben verfolgt der Beklagte nicht einen Anspruch, sondern er b dadurch lediglich einem gegen ihn erhobenen Anspruch. Anders sich dies hinsichtlich der Kompensationseinrede, mittels welcher al ein selbständiger Anspruch des Beklagten verfolgt wird, und da der ganz allgemein vorschreibt, daß, wenn ein Anspruch nach Grund u trag streitig sei, eine Vorabentscheidung mittels eines in Bet Rechtsmittel als Endurtheil zu behandelnden Zwischenurtheils zulä so könnte es scheinen, als ob dies auch auf einen im Wege der K sationseinrede geltend gemachten Anspruch zu beziehen sei, und z so mehr, als auch sonst in der Terminologie der C. P. O. da schützen einer Kompensationseinrede als „Erhebung eines Anspruc zeichnet wird (§ 491 Abs. 2) und als die Entscheidung über ein pensando geltend gemachte Gegenforderung der Rechtskraft f (§ 293 Abs. 2). So wird denn auch z. B. von Endemann Bd. 2 S. 105, 106) die Anwendbarkeit des § 276 auf die K sationseinrede gelehrt. Gleichwohl ist in Uebereinstimmung mit d scheidung des R. G. (Bd. 6 S. 420 ff.) und mit mehreren Kom toren, wie Gaupp, Bd. 2 S. 137 oben, Wilmowski und 3. Aufl. S. 380 oben, **anzunehmen, daß im § 276 unter eine spruch" nur ein klagend oder widerklagend geltend gemach spruch zu verstehen ist, über den Grund einer Einrede aber kein Z urtheil nach Maßgabe des § 276 erlassen werden kann.** Denn Einrede, so ist auch die Kompensationseinrede ein Vertheidigung und daraus folgt, daß, wenn sie nach Grund und Betrag zur Entsc reif ist, über sie ein Zwischenurtheil nach § 275 ergehen kann, der Berufung nicht fähig ist, womit die Möglichkeit eines der B fähigen Zwischenurtheiles über den Grund allein nicht vereinb würde (Entsch. des R. G. a. a. O.). Auch würde es dem der C

Digitized by Google

nde liegenden System widerstreben, daß lediglich über eine Ein=
auch wenn über den Klaggrund eine Entscheidung noch gar nicht
, der Prozeß in die Rechtsmittelinstanzen gelangt. Urtheil des
G. zu Hamburg vom 10. Mai 1884 in S. A. Bd. 39 bezw.
343 S. 472. 473.

. S. hierüber auch noch bei § 248 ad R. C. V. (121.) 424—427.

. **Rechtliche Bedeutung des in den Entscheidungsgründen eines nach
e des § 276 C. P. O. erlassenen, den Klagausspruch seinem Grunde
erkennenden Zwischenurtheiles enthaltenen Ausspruches, daß eine ge=
inrede zu einem näher bezeichneten Betrage unbegründet, darüber
aber begründet sei.** Siehe hierüber (R. G. 8. IV. 85.) R. C.
101.) 355.

. **Wenn nicht über den Grund des auf Feststellung des Guthabens
ten klägerischen Anspruches, sondern nur über den Grund
einzelnen Rechnungsansatzes, welcher in Verbindung mit
igen Rechnungsposten bei Feststellung der Höhe des klägerischen Gut=
als Rechnungsfaktor in Betracht kommt, entschieden wird, so liegt
er § 275 C. P. O. fallendes Zwischenurtheil und nicht der Fall des
a. a. O. vor.** (R. G. 21. XI. 82.) R. C. VIII. (104.)
53.

. **Eine Vorabentscheidung über den Grund des Anspruches im Sinne
276 findet bei Feststellungsklagen statt.** (Anderer Ansicht Wil=
ki=Levy, Kommentar zur Civilprozeßordnung Anm. 1 zu § 276.)
n Gerichte im § 276 eingeräumte Befugniß erstreckt sich auf An=
jeder Art, sofern ihrem Gegenstande nach von einem Streite über
rag und von einer Unterscheidung dieses Streites von dem Streite
n Grund des Anspruches die Rede sein kann. Diese Möglichkeit
bei Klagen auf Feststellung einer nach Grund und Betrag strei=
erbindlichkeit nicht weniger vorhanden, als bei Klagen auf Verur=
zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit. (R. G. 21. XI. 82.)
III. (104.) 362. (R. C. X. (108.) 353. (143.) 435. (136.) 414.)

. **Nach § 276 in Verbindung mit § 485 C. P. O. ist das Ober=
berechtigt, auch wenn in erster Instanz die Verhandlung nicht auf
und des Anspruches beschränkt gewesen ist, doch einstweilen nur über
und zu erkennen und die Entscheidung über den Betrag vorzube=**
(Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 5 S. 413.) — (R. G.
85.) R. C. XIV. (101.) 357.

. **In die 1. Instanz kann nicht zurückverwiesen werden, wenn eine
ggrund verneinende Vorabentscheidung aufgehoben wird.** Falls das
1. Instanz einen Anspruch schon seinem Grunde nach für nicht
en erachtet, so ist für dasselbe der Rechtsstreit zur End entschei=
if, und es ist nicht abzusehen, weßhalb das Gericht zu diesem
icht jedesmal ein Endurtheil zu erlassen hätte, sondern sich nach
Ermessen die fernere Entscheidung über den Betrag des Anspruchs,
höherer Instanz anders entschieden werden sollte, vorbehalten
in welcher Beziehung weder der Gesichtspunkt, daß der Partei
nsichtlich des Betrages des Anspruchs die Instanz zu wahren sei,
voraufgegangener Beschluß des Gerichts, die Verhandlung auf
und des Anspruchs zu beschränken, für erheblich erachtet werden

Digitized by Google

kann. Auch bei dem Vorliegen eines solchen Beschlusses liegt daher, wenn demnächst die Klage abgewiesen wird, ein eigentliches Endurtheil im Sinn des § 276 über den ganzen Klaganspruch vor, und wird der Ber.-Richter durch die gegen ein solches Urtheil eingelegte Berufung mit der Entscheidung des ganzen Rechtsstreites nach Maßgabe von § 499 befaßt, so daß er auch über den Betrag des Anspruchs zu entscheiden hat und der Fall einer Vorabentscheidung im Sinn des § 500 Ziff. 3 nicht gegeben ist. Der für die entgegengesetzte Auslegung der letztgedachten Bestimmung aus der Bestimmung des § 500 Ziff. 2 geltendgemachten Analogie steht die Analogie, welche man aus der Bestimmung unter Ziff. 4 entnehmen kann, gegenüber, so daß sich daraus für den Willen des Gesetzgebers, es solle nach § 500 Ziff. 3 ganz allgemein, auch wenn in 1. Instanz in Betreff des Grundes des Anspruchs gegen den Kläger entschieden ist, im Fall der Reformirung dieses Urtheils die Sache in die 1. Instanz zurückverwiesen werden, nichts entnehmen läßt. Urtheil des Reichsgerichts vom 30. Oktober 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 263 S. 371. 372.

20. **In einem Urtheil, in welchem der Grund des Anspruchs vorab für begründet erklärt wird, darf über die Kosten nicht erkannt werden.** Urtheil des Reichsgerichts vom 19. November 1883. R. A. 1884, bes. Beil. 1 S. 9. S. A. Bd. 39 bezw. 9 (252.) 346, s. hierüber bei § 87.

21. Nach § 87 R. C. P. O. darf nur die schließlich unterliegende Partei in die Kosten des Rechtsstreites verurtheilt werden. **In einem nach § 276 der R. C. P. O. nur über den Grund des Anspruches vorab entscheidenden Urtheile darf noch nicht über die Kosten entschieden werden, vielmehr ist diese Entscheidung dem schließlichen Endurtheile über den Betrag des zu leistenden Anspruches zu überlassen.** Es kann ja nach dem § 88 R. C. P. O. der Fall eintreten, daß der Kläger zum Theile mit seinem Anspruche abzuweisen ist und demgemäß die Kosten gegeneinander aufzuheben oder zu theilen sind. (R. G. 26. IV. 84.) A. X. (119.) 489. 490.

22. **Abs. 2. An der Thatsache, daß das Gericht erster Instanz ein Urtheil im Sinne des § 276 erlassen wollte und erlassen hat, vermag der Umstand, daß nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung ein solches Urtheil nicht hätte erlassen werden sollen, nichts zu ändern.** Mit dieser Thatsache ist die vom Gesetze für die Zulassung des Rechtsmittels erforderte Voraussetzung gegeben. (R. G. 21. XI. 82.) R. C. VIII. (104.) 363. (R. C. VI. (132.) 421. (134.) 429.) S. hierüber noch bei § 497 eodem.

23. **Das Rechtsmittel gegen die, den Klaganspruch seinem Grunde nach für gerechtfertigt erklärende Vorabentscheidung wird durch ein nachher ergangenes und rechtskräftig gewordenes Endurtheil nicht gegenstandslos. Hierüber, sowie über die Bedeutung, welche die, den Klaganspruch für unbegründet erklärende Entscheidung höherer Instanz für das ergangene Endurtheil hat,** s. (R. G. 30. IX. 85.) bei § 248 ad R. C. XV. (92.) 348—357.

24. **Von der gegen das Endurtheil eingelegten Berufung wird ein solches nach § 276 C. P. O. erlassenes Zwischenurtheil nicht miterfaßt,**

Digitized by Google

welches noch nicht rechtskräftig geworden ist. Das über den Grund des Anspruches vorab entscheidende Urtheil ist „in betreff der Rechtsmittel" als Endurtheil anzusehen; das heißt eben in betreff aller Rechtsmittel, auch der gegen das wirkliche Endurtheil einzulegenden. Hieraus ergibt sich, daß im Sinne des § 473 ein nach § 276 a. a. O. erlassenes Zischenurtheil überhaupt nicht zu „denjenigen Entscheidungen, welche dem Endurtheile vorausgegangen sind", zu rechnen ist, daß ein solches Urtheil vielmehr nur unter die Bestimmung des § 472 a. a. O. fällt, wonach die Berufung gegen die in erster Instanz erlassenen Endurtheile stattfindet. Nach Verkündung eines den Klaganspruch dem Grunde nach zuerkennenden Zwischenurtheiles bleibt eben als Prozeßstoff für das zu erlassende Endurtheil überhaupt nur noch dasjenige übrig, was sich auf den Betrag des Anspruches bezieht. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 5 S. 425). (R. G. 2. VI. 86.) R. C. XVI. (86.) 353.

Verzicht.

§ 277. **§ 277.**

Verzichtet der Kläger bei der mündlichen Verhandlung auf den geltend gemachten Anspruch, so ist er auf Grund des Verzichtes mit dem Anspruch abzuweisen, wenn der Beklagte die Abweisung beantragt.

§ 146 Nr. 1.

Anerkenntniß.

§ 278. **§ 278.**

Erkennt eine Partei den gegen sie geltend gemachten Anspruch bei der mündlichen Verhandlung ganz oder zum Theil an, so ist sie auf Antrag dem Anerkenntnisse gemäß zu verurtheilen.

§ 146 Nr. 1, § 648 Nr. 1.

1. Zur Verurtheilung einer Partei auf Grund eines Anerkenntnisses im Sinne des § 278 C. P. O. **bedarf es eines besonderen Antrages.** (R. G. 2. XI. 80.) R. C. III. (55.) 200.

2. In § 278 ist bestimmt, daß gegen die Partei **die Verurtheilung nach Maßgabe des Anerkenntnisses nur in dem Fall auszusprechen** ist, **wenn sie vom Gegner beantragt wird.** Das Anerkenntniß enthält nämlich die Unterwerfung unter den erhobenen Anspruch; es hat eine Beschränkung des Streitgegenstandes zur Folge, so daß für den Bereich seiner Wirksamkeit der Anlaß zu einer richterlichen Entscheidung fehlt. Inhaltlich der Motive zu den §§ 267, 268 des Entw. zur C. P. O. erschien es indessen zweifelhaft, ob durch die Feststellung zum Sitzungsprotokoll die Wirkungen der materiellen Rechtskraft erlangt werden, während es ein Recht des Gläubigers ist, auch im Fall der Anerkennung ein der vollen Rechtskraft fähiges Urtheil sich zu verschaffen; es wurde deßhalb die dem Anerkenntniß entsprechende Verurtheilung zugelassen, jedoch an das Erforderniß eines besonderen Antrags geknüpft. Urtheil des obersten L. G. f. Bayern vom 4. Mai 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (304.) 453. S. XI. (163.) 426.

3. **Ein Anerkenntniß einer Partei ist nach § 278 der C. P. O. ohne Aufnahme in das Sitzungsprotokoll nicht unwirksam.** Urtheil des obersten L. G. f. Bayern vom 4. Mai 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (304.) 452.

Digitized by Google

Antrag und Urtheilsfällung.

§ 279.

§ 279.

Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Dies gilt insbesondere von Früchten, Zinsen und anderen Nebenforderungen.

Ueber die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, hat das Gericht auch ohne Antrag zu erkennen.

E. G. § 14 Nr. 5.

1. **Berücksichtigung der Klage aus einem nicht geltend gemachten rechtlichen Gesichtspunkt, zu dessen Prüfung es noch einer thatsächlichen Aufklärung bedarf.** So kann es z. B. offenbar in dem Willen und dem Interesse eines Klägers liegen, durch eine Klage, die nach irgend einer gesetzlichen Bestimmung in ihrem vollen Umfange nicht gerechtfertigt ist, wenigstens für einen geringeren, in dem Begehren enthaltenen Sinne ein Urtheil zu erlangen (§§ 130 und 272). (R. G. 9. VII. 80.) R. C. II. (17.) 58. 59.

2. **Kein Urtheil ohne Antrag.** Nicht die thatsächliche Begründung der Klage, sondern der darin gestellte Antrag entscheidet über die Grenzen, innerhalb deren sich der richterliche Ausspruch zu halten hat. Bei der großen Bedeutung, die den Klaganträgen zukommt und die sich namentlich in der Nothwendigkeit ihrer schriftlichen Formulirung und ihrer Verlesung bei der mündlichen Verhandlung ausspricht, kann es nicht auf den aus seinem sonstigen Vorbringen etwa zu ermittelnden vermuthlichen Willen des Klägers, sondern nur auf den von ihm zum Ausdruck gebrachten, nicht auf den zwar beabsichtigten, aber unterlassenen, sondern nur auf den wirklich gestellten Klagantrag ankommen. Urtheil des Reichsgerichts vom 19. September 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 156 S. 234, 235.

3. **In der Subsumtion des der richterlichen Entscheidung von den Parteien unterbreiteten Materials unter die zutreffende Gesetzesvorschrift ist der Richter durch die Rechtsausführung der Parteien in keiner Weise beschränkt.** Wenn also z. B. die Nichtpfändbarkeit eines beantragten Pfändungsobjektes aus der Vorschrift des § 749 Ziff. 3 der R. C. P. O. ausgesprochen wird, während dieselbe von einer Partei aus § 749 Ziff. 1 abgeleitet worden war, so kann dem Richter nicht vorgeworfen werden, er sei ultra petita partium gegangen. Entsch. des Oberlandesgerichts Bamberg vom 31. Oktober 1885.

4. **Unzulässigkeit, auf Ungültigkeit der Ehe zu erkennen, wenn Ehescheidung beantragt ist.** (R. G. 9. V. 84.) S. hierüber bei § 574 ad R. C. XI. (83.) 354. 355. A. X. (114.) 445.

§ 280.

§ 280.

Das Urtheil kann nur von denjenigen Richtern gefällt werden, welche der dem Urtheile zu Grunde liegenden Verhandlung beigewohnt haben.

§ 294.

1. **Die Gerichtsmitglieder können bei den mündlichen Verhandlungen im Prozesse wechseln, das Urtheil kann aber nur durch diejenigen Richter gefällt werden, welche der Schlußverhandlung beigewohnt haben.** (R. G. 9. III. 82.) R. C. VI. (54.) 193.

2. **Es ist nicht statthaft, das Berufungsurtheil auf den seitens der Parteien vorgetragenen angeblichen Inhalt der Aussage eines Zeugen zu gründen, welcher in einer früheren mündlichen Verhandlung der Berufungs-**

Digitized by Google

instanz ohne Protokollirung der Aussage vernommen war, wenn ein Mitglied des erkennenden Berufungsgerichtes in jener früheren mündlichen Verhandlung als Richter nicht mitgewirkt hat. (R. C. XIV. (108.) 383.) Die Beweisaufnahme im Civilprozesse ist keine Parteiverhandlung, wiewohl den Parteien eine gewisse Mitwirkung bei der Beweisaufnahme gestattet sein kann, sondern ein das Schöpfen der Beweisgründe aus den von den Parteien angesetzten Beweismitteln bezweckender Richterakt, dessen Ergebniß in seinem (von der subjektiven Vorstellung, dem subjektiven Wollen und der subjektiven Mittheilung der Streittheile unabhängigen) objektiven Gehalt auf die Ueberzeugung des erkennenden Gerichtes bei der Feststellung wirken soll, ob eine ausweislich derjenigen Prozeßverhandlungen, welche zur Erklärung des subjektiven Vorbringens der Parteien bestimmt sind, von einem Streittheile aufgestellte, von der Gegenpartei bestrittene Behauptung einer (an sich, wie behauptet, für die Entscheidung des Rechtsstreites erheblichen) Thatsache für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. Ist das erkennende Gericht ein Gerichtshof, d. h. ein Kollegium von Richtern, und handelt es sich um die Aufnahme eines Zeugenbeweises, so entspricht die Vernehmung der Zeugen vor dem erkennenden Gerichtshofe am reinsten dem Wesen und Zwecke der Beweisaufnahme. In diesem Falle haben die Parteien vor der Urtheilsfällung unter Darlegung des Streitverhältnisses über das Ergebniß der Beweisaufnahme zu verhandeln. Dafür, ob die Parteien bei dieser Beleuchtung des Ergebnisses der Beweisaufnahme von einer richtigen Auffassung dieses Ergebnisses ausgehen oder nicht, besitzt der erkennende Gerichtshof den denkbar zuverlässigsten Maßstab in der lebendigen Wahrnehmung der in ihrer Gegenwart unmittelbar verwirklichten Beweisaufnahme und der wachen Erinnerung an das wirkliche Beweisergebniß seitens sämmtlicher (sowohl bei der Beweiserhebung gegenwärtiger, als auch bei dem Spruche des Urtheils mitwirkender) Richter. In denjenigen Fällen, in denen das Gesetz aus praktischen Gründen gestattet, daß der erkennende Gerichtshof ein Urtheil fällen darf unter Berücksichtigung des Ergebnisses einer nicht vor ihm selbst in dem schwebenden Prozesse erfolgten Zeugenbeweisaufnahme als solcher (z. B. in dem Falle einer gemäß § 340 C. P. O. in derselben Instanz, in welcher das betreffende Urtheil zu fällen ist, einem Mitgliede des Prozeßgerichtes oder einem anderen ersuchten Gerichte übertragenen Zeugenbeweisaufnahme, oder in dem Falle der Aufnahme des betreffenden Zeugenbeweises in derselben Instanz vor dem Kollegium des Prozeßgerichtshofes, aber vor einem Kollegium, welches nicht vollständig aus denselben Richtern bestand, als denjenigen, welche bei dem das Ergebniß jener Zeugnißbeweisaufnahme berücksichtigenden Urtheile mitwirken, oder in dem Falle, daß das betreffende Urtheil in Folge eingelegten Rechtsmittels von dem Gerichtshofe der Instanz des Rechtsmittels unter Berücksichtigung des Ergebnisses eines in der Vorinstanz aufgenommenen Zeugenbeweises zu sprechen ist), haben die Parteien das Ergebniß der Beweisaufnahme auf Grund der Beweisverhandlungen vorzutragen, d. h. über das Beweisergebniß auf Grund jener Verhandlungen Bericht zu erstatten. Diese Berichterstattung über das (der subjektiven Vorstellung und dem subjektiven Willen der Streittheile nicht unterworfene) Ergebniß eines Richteraktes (dessen Realisirung

Digitized by Google

von dem Gerichte beschlossen, dessen sachliches Ergebniß als Ob
Beurtheilung des Gerichtes richterlich gewollt und durch richterl
gane hergestellt ist) unterliegt in Bezug auf Richtigkeit und Vollst
der Kontrolle des zur Urtheilsfällung bestimmten Gerichtshofes.
Kontrolle setzt einen vor der Berichterstattung der Parteien her
Maßstab voraus, welcher (objektiv existirend und in di
jektiven Existenz unabhängig von der subjektiven Vorstellu
Wiedergabe der Streittheile) jedem Mitgliede des Gerichtshof
nur dadurch dem Gerichtshofe zur Verfügung steht, um die
der Vollständigkeit und Richtigkeit des Berichtes der Parteien ü
Beweisergebniß vornehmen und geeigneten Falles darauf hinw
können, daß der Vorsitzende des Gerichtshofes die Berichtigung o
vollständigung nöthigenfalls unter Wiedereröffnung der Verhandl
anlasse. Ein solcher objektiver Maßstab besteht für den in der Be
instanz erkennenden Gerichtshof, im Falle es sich um die Berichte
eines Zeugenbeweisergebnisses in Fällen der vorgekennzeichne
handelt, lediglich in der (nach dem Willen des Gesetzes als dem o
Beweisergebnisse entsprechend geltenden) Feststellung des Inhalte
Betracht kommenden Zeugenaussage in einer den Erfordernissen d
prozeßordnung für diesen Zweck entsprechenden Beurkundung sei
(innerhalb der Schranke ihrer Zuständigkeit unter den in der Civ
ordnung normirten Voraussetzungen) die Zeugenbeweisaufnahm
sirenden Beamten z. B. in dem Protokolle über die mündliche
lung und Zeugenbeweisaufnahme vor demjenigen mit dem erk
nicht identischen Kollegium, welches die Beweisaufnahme beschlo
vor welchem dieselbe erfolgt ist, oder in dem unter Zuziehun
Gerichtsschreibers von dem mit der Zeugenbeweisaufnahme beau
Mitgliede des Prozeßgerichtes oder ersuchten Richter aufgenc
Protokolle. Nur in den Fällen, in welchen das Reichsgerich
Revisionsinstanz erkennt und in der Berufungsinstanz vor dem R
des Berufungsgerichtes in derselben Zusammensetzung
wirkenden Richter, welche bei dem Spruche des Berufungsurth
stand, Zeugen ohne Feststellung des Inhaltes ihrer Aussage
Sitzungsprotokolle vernommen waren, gilt für das erkennende R
gericht die nur in dem Thatbestande des Berufungsurtheiles
Feststellung des Inhaltes der Zeugenaussage als nach dem Wi
Gesetzes für getreu zu erachtende Fixirung des Ergebnisses der
beweisaufnahme. (Vgl. Civilprozeßordnung §§ 146. 147. 15
259. 280. 320. 335. 340. 485. 488.) Der objektive Maßstab
Prüfung, ob die (in dem Berufungsurtheile nach ihrem Inhalte gen
Aussage eines Zeugen zur Sache wirklich den der Würdigung zu
gelegten Inhalt gehabt habe, fehlt demjenigen Mitgliede des in
rufungsinstanz erkennenden Kollegiums, welches der Vernehmung dieses
nicht beigewohnt hat, also dem Berufungsgerichtshofe als solchem
kollegialer Urtheilswille sich nur bilden kann aus dem gleich
tigten Zusammenwirken aller seiner im Besitze der gesetzlich e
lichen Grundlagen zur Gewinnung ihrer besonderen thatsächliche
digungen sich befindenden Mitglieder zu dem Ergebnisse der v
Gerichtshofe gewollten Feststellung der Thatsachen, sowie bei der ju

Digitized by Google

lung der festgestellten Thatsachen). (S. hierüber namentlich auch § 147 ad R. C. XIV. (108.) 385. 386.) (R. G. 8. VII. 85.) XIV. (107.) 379—383.

3. Urtheilsverkündung.

§ 281. § 281.

Verkündung des Urtheils erfolgt in dem Termine, in welchem die mündliche ng geschlossen wird, oder in einem sofort anzuberaumenden Termine, welcher eine Woche hinaus angesetzt werden soll.
294.

§ 282. § 282.

Verkündung des Urtheils erfolgt durch Vorlesung der Urtheilsformel. Ver- rtheile können verkündet werden, auch wenn die Urtheilsformel noch nicht abgefaßt ist.
d die Verkündung der Entscheidungsgründe für angemessen erachtet, so erfolgt Vorlesung der Gründe oder durch mündliche Mittheilung des wesentlichen

Vorzulesen ist nur die Urtheilsformel, nicht das Urtheil; aber **esung der Urtheilsformel wirkt nach § 282 als Verkündung des** Beschluß des hanseatischen O. L. G. zu Hamburg vom ruar 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 263 S. 366.

Eine Zustellung des Urtheils, d. h. eine Mittheilung des Urtheils Parteien, gehört — den Fall des § 582 ausgenommen — **nicht Offizialpflicht des Prozeßgerichtes.** Urtheil des Reichsgerichts vom 1881. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 305 S. 474.

§ 283. § 283.

Wirksamkeit der Verkündung eines Urtheils ist von der Anwesenheit der nicht abhängig. Die Verkündung gilt auch derjenigen Partei gegenüber als welche den Termin versäumt hat.
Befugniß einer Partei, auf Grund eines verkündeten Urtheils das Verfahren n oder von dem Urtheil in anderer Weise Gebrauch zu machen, ist von der an den Gegner nicht abhängig, soweit nicht dieses Gesetz ein Anderes bestimmt.
. 2 § 294. Abweichungen: §§ 272, 273, 304, 477, 514, 1.

4. Inhalt des Urtheils.

§ 284. § 284.

Urtheil enthält:
die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung;
die Bezeichnung des Gerichts und die Namen der Richter, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben;
eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge (Thatbestand);
die Entscheidungsgründe;
§ 259.
die von der Darstellung des Thatbestandes und der Entscheidungsgründe äußerlich zu sondernde Urtheilsformel.
der Darstellung des Thatbestandes ist eine Bezugnahme auf den Inhalt der nden Schriftsätze und auf die zum Sitzungsprotokoll erfolgten Feststellungen eschlossen.

Abs. 1. Daraus, daß im § 284 C. P. O. die einzelnen Bestand- s Urtheiles unter einzelnen Nummern aufgeführt werden, folgt nicht, Bestandtheile auch nothwendig von einander örtlich völlig geschie-

Digitized by Google

den gehalten werden müssen. Nur für die Urtheilsformel ist diese liche Sonderung" vorgeschrieben. Gerade aus dieser ausdrückliche vorhebung ist ein argumentum a contrario betreffs der anderen theile des Urtheiles zulässig. Hiernach kann es, wenngleich es teresse der Uebersichtlichkeit äußerst wünschenswerth erscheint, thatsächlichen Feststellungen von den rechtlichen Erörterungen gesondert gehalten werden, doch nicht als ein rechtlicher Verstoß werden, wenn im einzelnen Falle von diesem Verfahren abgewich Zwar kann davon ausgegangen werden, daß der Richter namentli wenn er (zweckmäßiger Weise) seine Ausführungen unter Rubriken (Thatbestand und Entscheidungsgründe) gebracht hat, Stelle alles den Thatbestand Betreffende hat zusammenstellen zweiter Stelle nur rechtliche Erörterungen hat geben wollen. wenn auch in Zweifelsfällen auf die Anordnung der einzelnen S wicht zu legen ist, so ist dieselbe doch nicht unbedingt maßgebend scheidend dafür, ob eine Aeußerung als thatsächliche Feststellung rechtliche Erörterung aufzufassen, ist der Inhalt derselben. Eben wie der Revisionsrichter durch eine rechtliche Deduktion des Vorder deßwegen gebunden sein würde, weil dieselbe sich unter der Rubrik bestand" vorfindet, kann einer thatsächlichen Feststellung darum erkennung versagt werden, weil dieselbe unter den rechtlichen Ausfü ihren Platz gefunden hat. **Es kann** daher **eine in der als „Entsch gründe" bezeichneten Abtheilung des Urtheiles enthaltene Bemerk Ergänzung der unter der Ueberschrift „Thatbestand" gegebenen Da angesehen werden.** (R. G. 29. IX. 80.) R. C. II. (110.) 394

2. **Die im § 284 der C. P. O. angeführten Bestandtheile des sind für den Begriff des Urtheils als Urkunde wesentlich.** Ein jener Bestandtheile und so auch die Urtheilsformel ist kein Urthei gegen erfolgt nach § 282 die Verkündung des Urtheils durch Vorlesung der Urtheilsformel, nicht des gesammten Urtheils, es ermöglicht worden, daß schon vor vollständiger Abfassung des U also bevor noch ein Urtheil in urkundlicher Form vorhanden ist, kündung desselben im Voraus geschehen kann, sofern nur ein Besta die Urtheilsformel, schriftlich fixirt ist (§ 286 Abs. 2). Dadur dieselbe aber nicht zum Urtheil, und die Vorschrift des § 286 daß der Gerichtsschreiber auf dem Urtheil den Tag der Verk zu bemerken hat, kann also auch nicht dadurch erfüllt werden, diesen Vermerk anstatt dessen auf die abgesondert niedergeschrieb theilsformel setzt. Beschluß des hanseatischen O. L. G. zu burg vom 20. Februar 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 263

3. **Verpflichtung des Konsulargerichts, einen den Vorschrift C. P. O. entsprechenden Thatbestand in seinen Urtheilen zu geben.** 19. IX. 85.) U. u. A. III. (137.) 296.

4. **Ziff. 3. Erforderniß des Thatbestandes, namentlich was d stellung des Inhaltes von Urkunden betrifft.** (R. G. 14. V. 86.) XVI. (4.) 16. 19. S. hierüber bei § 524.

5. **Eine äußerliche Trennung des Thatbestands von den Entsch gründen ist nicht vorgeschrieben.** Die Prozeßordnung schreibt ni daß, wenn eine Sonderung der Darstellung des Thatbestands

Digitized by Google

Entscheidungsgründe in dem Erkenntnisse äußerlich vorgenommen worden ist, nur die in dem formell als Thatbestand bezeichneten Theile angeführten Umstände als die dem Erkenntnisse zu Grunde liegenden Thatsachen anzusehen seien; es ist daher in einem solchen Falle **eine Prüfung, ob der Richter noch andere Thatsachen, als die in dem als Thatbestand bezeichneten Theil des Erkenntnisses erwähnten seiner Entscheidung zu Grunde gelegt hat, nicht ausgeschlossen.** (R. G. 23. X. 80.) A. II. (138.) 581.

6. **Wenn in einem Urtheil Thatbestand und Entscheidungsgründe vollständig von einander getrennt gehalten sind, können beiläufige in den letzteren vorkommende Anführungen, welche nicht die Konstatirung enthalten, daß bestimmte Thatsachen und Beweismittel angegeben seien, sondern nur die Vermuthung begründen, daß neben dem im Thatbestand fixirten status causae et controversiae noch andere, beispielsweise in den vorbereitenden Schriftstücken enthaltene thatsächliche Angaben bei der mündlichen Verhandlung zur Sprache gebracht seien, als Theil des Thatbestandes selbst (§ 284 Ziff. 3, § 285 der C. P. O.) nicht angesehen werden.** Erkenntniß des O. L. G. zu Braunschweig vom 9. Mai 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 262 S. 365.

7. **Eine einfache generelle Verweisung auf die in den Akten schriftlich fixirten Erklärungen der Parteien kann nicht die Stelle der nach § 284 C. P. O. von dem Gerichte selbst anzufertigenden gedrängten Darstellung des Sach- und Streitstandes vertreten,** wenn es auch nicht ausgeschlossen ist, im Zusammenhange dieser Darstellung auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und auf die zum Sitzungsprotokolle erfolgten Feststellungen Bezug zu nehmen (vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 2 S. 406 f., S. 423). (R. G. 17. IV. 82.) R. C. IV. (126.) 431. 432. (R. C. X. (93.) 318.)

8. Wenngleich nach § 284 Abs. 2 „bei der Darstellung des Thatbestandes eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und auf die zum Sitzungsprotokoll erfolgten Feststellungen", sowie nach § 505 bei der Darstellung des Thatbestandes im Urtheil der Berufungsinstanz „eine Bezugnahme auf das Urtheil voriger Instanz nicht ausgeschlossen ist", also, wie schon der Wortlaut zeigt, ausnahmsweise zulässig ist (vgl. Annalen II, S. 581; III, S. 100; Entsch. III, 406, 421), so **entspricht** doch **eine** solche **allgemeine Bezugnahme „auf den Inhalt der Akten" dem Zwecke des Gesetzes nicht.** (R. G. 20. V. 81.) A. IV. (23.) 78.

9. **Doppelte Sachdarstellung im Thatbestande des Urtheils.** Enthält der Thatbestand zunächst ganz selbstständig eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes, wie sie der erwähnten Gesetzesvorschrift entspricht, und sodann die Bemerkung, daß die Parteien den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze mündlich vorgetragen haben, so kann die Hinzufügung einer solchen Bemerkung, obgleich sie niemals korrekt ist, doch unschädlich sein, wenn es sich um ein paar kurze, übersichtliche Schriftsätze handelt, deren Uebereinstimmung mit der vom Gerichte selbständig gegebenen Darstellung des Sachverhaltes leicht und sicher zu konstatiren ist. Dies ist aber nicht der Fall, wenn sehr ausführliche Schriftsätze vor-

Digitized by Google

liegen. Ein solcher Thatbestand ist unbrauchbar. (R. G. 15.]
R. C. X. (20.) 74. 75.

10. **Im Berufungsurtheile ist zunächst immer nur der Thatbest
Berufungsverfahrens als solcher darzustellen.** (R. G. 19. IV. 82.)
X. (93.) 318. (R. C. IV. (126.) 431. 432. S. auch bei
ad R. C. IV. (126.) 432.)

11. **Der Thatbestand des Berufungsgerichts kann sich auf de
bestand der Berufungsinstanz beschränken, wenn der Thatbestand er
stanz in gehöriger Weise vorliegt.** (R. G. 28. V. 81.) R. C. IV.
432. A. IV. (24.) 78. 79. S. hierüber bei § 505 eodem.

12. **Die Nichterwähnung der in der mündlichen Verhandlung
Berufungsgerichte gestellten Anträge im Thatbestande des Berufungs**
(R. G. 16. III. 81.) S. hierüber bei § 513 ad R. C. IV.
428. 429. A. III. (119.) 425.

13. Ueber **die Bedeutung des Inhaltes des dem Berufungs
vorgetragenen Thatbestandes des Urtheils erster Instanz für die that
Feststellung des Berufungsgerichtes** s. (R. G. 30. IV. 81.) R.
(120.) 420. 421.

14. S. hierüber auch noch (R. G. 23. VI. 81.) bei § 5
R. C. V. (115.) 404.

15. **Es kann wegen mangelnden Thatbestandes ein Berufung
unter Umständen von Amts wegen aufgehoben werden.** (R. G.
80.) S. hierüber bei § 524 ad R. C. II. (117.) 404—408.

16. **Die Entscheidung über das Arrestgesuch ist ohne Aufführ
in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten Arrestgründe im
stande" unvollständig und daher aufzuheben.** (R. G. 23. IX. 8
IV. (100.) 336. 337.

17. **Bei Unbestimmtheit desjenigen Prozeßstoffes, über welchen
Thatbestande des Berufungsurtheiles allgemein auf die vorbereitenden
sätze Bezug genommen ist, ist auf Revisionsangriffe wegen Verletzun
rieller Rechtsnormen nicht einzugehen.** (R. G. 14. XII. 81.) R.
(104.) 350. 351.

18. **Eine wesentliche und einen Revisionsgrund erzeugen
letzung des § 284 Ziff. 3 liegt darin, wenn die Berufungsinstanz i
Gründen Thatumstände, welche in dem von ihr angezogenen erstinsta
Thatbestand nicht erwähnt sind, in Betracht gezogen hat, ohne daß
stellt, was von ihr hierüber verhandelt worden ist.** (R. G. 23. X
R. C. II. (123.) 423. 424. A. III. (29.) 103.

19. **Aufhebung des Berufungsurtheils wegen seines sich widers
den Thatbestandes.** Es fehlt in einem solchen Falle an einem
stande, an einer Sachdarstellung, welche die Grundlage zur Ann
der Gesetze und zur Entscheidung der Sache geben kann und den
sionsrichter die Prüfung ermöglicht, ob die Gesetze richtig ang
sind. Es ist hier nach § 511 das. die Revision begründet u
§ 527 das angefochtene Urtheil aufzuheben. Wenn es aber a
ausreichenden Feststellung des Sachverhältnisses im Berufungsurthe
so ist nach § 528 der C. P. O. die Sache zur anderweiten Verh
und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Urt

Digitized by Google

Reichsgerichtes vom 4. Mai 1881. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 304 S. 473. 474.

20. **Ziff. 4. Pflicht entsprechender Begründung eines Urtheils § 513 Ziff. 7.** S. hierüber (V. O. L. 22. XI. 81.) S. IX. (115.) 362.

21. **Ein Mangel an Entscheidungsgründen liegt nicht bloß dann vor, wenn über klag- oder widerklagweise geltend gemachte Ansprüche (§ 293 R. C. P. O.) ganz oder theilweise ohne Gründe erkannt ist, sondern namentlich auch dann, wenn selbständige Angriffs- oder Vertheidigungsmittel (Klagbehauptungen, Einreden, Repliken u. s. w.) unberücksichtigt bleiben.** (R. G. 3. XII. 80.) R. C. III. (109.) 388—390. A. III. (28.) 100. 101. S. hierüber bei § 513 Ziff. 7 eodem.

22. In dem Gesetze ist nicht vorgeschrieben, daß die Entscheidungsgründe von dem Thatbestande äußerlich zu trennen sind, wie dieses bezüglich der Urtheilsformel geschehen ist; **es kann** daher **auch einer thatsächlichen Feststellung die Anerkennung aus dem Grunde nicht versagt werden, weil dieselbe in den Entscheidungsgründen sich befindet.** (Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. II Nr. 110 S. 394.) — (V. O. L. 28. X. 84.) S. X. (206.) 545.

23. S. hierüber bei § 513 Ziff. 7 (R. G. 3. XII. 80.) ad R. C. III. (109.) 389. 390. VIII. (94.) 342. A. III. (28.) 100. 101.

S. hierüber noch bei Abs. 1 Nr. 1 und Ziff. 3 Nr. 2.

24. **Ziff. 5. Die in der Urtheilsformel gegebene Entscheidung** kann nur unter der Voraussetzung **aus den Urtheilsgründen erläutert und ergänzt** werden, wenn aus den Entscheidungsgründen klar und unzweifelhaft zu entnehmen ist, daß der Richter die Absicht gehabt hat, einen Anspruch, soweit er ihn nicht zusprach, sofort abzuweisen. (R. G. 1. XI. 81.) R. C. V. (110.) 390. 391. S. hierüber noch bei § 293 und namentlich 273 eodem.

25. **Widerspruch zwischen der im „Thatbestande" und der in den „Entscheidungsgründen" vorkommenden Darstellung des Sach- und Streitstandes.** (R. G. 26. V. 83.) R. C. X. (19.) 73.

26. **Wenn das Gericht die vorgelesene Urtheilsformel als eine selbstständige Urkunde abfaßt und in dem Urtheil dann die Formel wiederholt** — ein Verfahren, gegen welches sich nichts einwenden läßt, wenngleich es einfacher ist, das die vorgelesene Formel enthaltende Schriftstück selbst durch Nachfügung der übrigen Urtheilsbestandtheile zum Urtheil zu ergänzen — **so mag es angemessen sein, schon auf jener ersten Urkunde die geschehene Urtheilsverkündung zu bescheinigen und sodann diesen Vermerk auf das Urtheil selbst zu übertragen** (vgl. Gaupp, C. P. O. § 282 Anm. 1); **jedenfalls kann diese Uebertragung nicht entbehrt werden, da auf dem Urtheil selbst der Verkündungsvermerk nicht fehlen darf.** (Gaupp a. a. O. und § 286 Anm. II Abs. 2; Seuffert, Komm. zur C. P. O. § 286 Anm. 5; Hellmann, C. P. O. § 286 Anm. 1 und 6.) Beschluß des Hanseatischen O. L. G. zu Hamburg vom 20. Februar 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 263 S. 366. 367.

S. hierüber auch bei Abs. 1 Nr. 1.

27. **Abs. 2.** Der § 284 gestattet keineswegs, bei der Anfertigung des Thatbestandes diejenigen Ergebnisse der mündlichen Verhandlung, welche mit dem Inhalte der vorbereitenden Schriftsätze übereinstimmen,

Digitized by Google

regelmäßig durch eine bloße Bezugnahme auf letztere zum Ausdrucke zu bringen; es soll vielmehr **die Bezugnahme auf vorbereitende Schriftsätze**, wie schon die Gesetzesworte „nicht ausgeschlossen" ergeben, **nur ausnahmsweise zulässig** sein, und wenngleich hierbei dem richterlichen Ermessen im Einzelfalle ein gewisser Spielraum offen gelassen ist, so muß man doch immer vor Augen behalten, daß nach der Vorschrift des § 284 Ziff. 3 der Thatbestand in einer gedrängten Darstellung des Sach- und Streitstandes zu bestehen hat, und darf man daher die Bezugnahme auf die vorbereitenden Schriftsätze nur anwenden, wenn und soweit deren Ausführungen diesem Erfordernisse entsprechen, d. i. sich auf eine Darstellung der wesentlichen Thatsachen beschränken und dieselben mit der gehörigen Präzision kennzeichnen. (R. G. 23. XI. 80.) R. C. II. (123.) 423. A. III. (29.) 102. (R. G. 23. IX. 81. A. IV. (100.) 336. 337.)

28. **Die Bezugnahme auf nicht vorgetragene vorbereitende Schriftsätze im Thatbestande ist völlig nichtssagend.** (R. G. 19. IV. 82.) R. C. X. (93.) 317.

29. **Unthunlichkeit der Ergänzung eines mangelhaften Thatbestandes aus dem Sitzungsprotokoll.** (R. G. 19. IX. 85.) U. u. A. III. (131.) 286 f.

30. **Ein Urtheil, in welchem die Bezugnahme auf die vorbereitenden Schriftsätze oder „auf die Akten" den Thatbestand nicht ergänzt, sondern dessen Stelle vertritt, unterliegt der Revision.** Eine Entscheidung kann nur auf einen der Vorschrift des Gesetzes entsprechenden, in dem Thatbestande wiedergegebenen mündlichen Vortrag des Streitverhältnisses und die mündlich gestellten Anträge der Parteien gegründet werden. (R. G. 21. V. 81.) R. C. IV. (53.) 188—190. (R. C. II. (117.) 405. (123.) 422. IV. (126.) 431.)

S. hierüber noch bei Ziff. 3 Nr. 4 und 5.

§ 285.

§ 285.

Der Thatbestand des Urtheils liefert rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis. Dieser Beweis kann nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden.

§§ 150, 291.

1. Nach den Prinzipien der C. P. O. kommt es nicht auf das an, was in den vorbereitenden Schriftsätzen, sondern ausschließlich auf das, was bei der Verhandlung in der Sitzung geltend gemacht wird. In letzterer Beziehung ist der Thatbestand des Urtheils maßgebend, wenn dessen Berichtigung nicht verlangt wurde (§§ 285 und 291 C. P. O.). **Eine Entkräftung dieses durch den Thatbestand gelieferten Beweises (§ 285 C. P. O.) kann nicht darin gefunden werden, wenn im Sitzungsprotokolle bekundet ist, die Vertreter der Parteien hätten ihre bei den Akten befindlichen vorbereitenden Schriftsätze verlesen.** Ganz abgesehen davon, daß dieses Verlesen unstatthaft ist (§ 128 C. P. O.), ergibt sich daraus nicht, daß die Parteien in ihren mündlichen Ausführungen bei demjenigen, was sie in den vorbereitenden Schriftsätzen vorbrachten, verblieben sind. (R. G. 26. X. 80.) R. C. II. (114.) 402. 403.

2. **Der Thatbestand des Urtheiles liefert nach § 285 C. P. O. nur hinsichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis. Für sonstige Feststellungen, z. B. der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen, des Er-**

Digitized by Google

der Augenscheinseinnahme ꝛc., ist, soweit nicht § 147 C. P. O. e steht, lediglich das Sitzungsprotokoll maßgebend. (Vgl. Struck- nd Koch (4. Aufl.) Anm. 1 zu § 285.) — (R. G. 21. II. 85.) III. (116.) 422.

Die Bestimmung des § 285 der R. C. P. O., daß der Beweis, den bestand rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens liefert, nur s Sitzungsprotokoll entkräftet werden könne, **kommt nicht in Be- der Gegenbeweis durch das Zugeständniß des Gegners entbehrlich t.** (R. G. 30. IV. 81.) R. C. IV. (120.) 420. 421. A. III. 31. 632.

Es ist unrichtig, daß der Thatbestand hinsichtlich der Frage, ob widersprochen geblieben sei, nur dann Beweis liefern soll, wenn er ative ausdrücklich hervorhebt. (R. G. 30. IV. 81.) R. C. IV. 20. A. III. (178.) 631.

§ 286.

Urtheil ist von den Richtern, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben, reiben. Ist ein Richter verhindert, seine Unterschrift beizufügen, so wird Angabe des Verhinderungsgrundes von dem Vorsitzenden und bei dessen ung von dem ältesten beisitzenden Richter unter dem Urtheile bemerkt.

Urtheil, welches bei der Verkündung noch nicht in vollständiger Form ab- r, ist vor Ablauf einer Woche, vom Tage der Verkündung an gerechnet, in er Abfassung dem Gerichtsschreiber zu übergeben.

Gerichtsschreiber hat auf dem Urtheile den Tag der Verkündung zu bemerken Bemerkung zu unterschreiben.

271. G. V. G. §§ 194, 197, 198.

Die Unterschrift der Richter, welche bei der Entscheidung mitgewirkt t im § 286 der C. P. O. vorgeschrieben, damit die Richter „sich n und durch ihre Unterschrift zu erkennen geben, daß das abge- heil mit dem Beschlusse übereinstimmt". (Motive zum Entwurf . P. O. zu dessen § 276.) (R. G. 14. VII. 85.) R. A. VII. 94.

S. hierüber bei § 284 Abs. 1 Nr. 2.

5. Aushang des Urtheils.

§ 287. § 287.

Gerichtsschreiber hat die verkündeten und unterschriebenen Urtheile in ein s zu bringen. Das Verzeichniß wird an bestimmten, von dem Vorsitzenden festzusetzenden Wochentagen mindestens auf die Dauer einer Woche in der reiberei ausgehängt.

6. Zustellung des Urtheils.

§ 288. § 288.

Zustellung der Urtheile erfolgt auf Betreiben der Parteien.

lange das Urtheil nicht verkündet und nicht unterschrieben ist, dürfen Aus- n, Auszüge und Abschriften desselben nicht ertheilt werden.

Ausfertigungen und Auszüge der Urtheile sind von dem Gerichtsschreiber zu ben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen.

officio finden Zustellungen statt §§ 582, 602, 603, 615, 623, 6. Konk. O. § 66 al. 2.

Um ein Urtheil der höheren Instanz oder der Zwangsvollstreckung h zu machen, ist die Zustellung desselben nothwendig, theils um

Digitized by Google

die Rechtskraft des Urtheils herbeizuführen (§ 645), theils u
durch Wahrung der Nothfrist für Einlegung der Rechtsmittel
hindern. Zum Zweck dieser Zustellung bedarf die betreibend
einer Ausfertigung, welche das Urtheil entweder ganz oder im
enthält und welche von dem Gerichtsschreiber unter Siegel un
schrift ertheilt wird (§§ 271. 288 Abs. 3). Von der Zustellun
Selbstbetriebe der Partei — handeln die §§ 152—192. Urt
Reichsgerichts vom 14. Mai 1881. S. A. Bd. 36 bezw. 6
S. 474.

2. In dem § 152 ist allgemein vorgeschrieben, daß Zus
durch Gerichtsvollzieher erfolgen sollen, und dann in dem § 288
der Urtheile, daß die Zustellung dieser auf Betreiben der P
wirkt werden soll. Mit der Verkündigung des Urtheils im Verha
termine ist die Thätigkeit des urtheilenden Gerichts beendet; die
keit des höheren Gerichts beginnt erst mit der Einlegung des bet
Rechtsmittels. Der dazwischen liegende Akt der Zustellung
kündeten Urtheils gehört nicht zur Thätigkeit des Gerichts, we
der niederen noch des der höheren Instanz; derselbe fällt viel
den Geschäftskreis des Gerichtsvollziehers; er ist nur ein das
mittelverfahren erst vorbereitender Akt. Das Prozeßgericht hat
Zustellungsverfahren regelmäßig nicht mitzuwirken; Anträge wegen
führung der Zustellung sind daher auch nicht an das Gericht,
unmittelbar an den Gerichtsvollzieher zu richten. — Die Motive
die Bemerkungen bezüglich des Anwaltszwanges mit dem Satze
Anwaltszwang wird nicht erfordert für Prozeduakte, welche sich
grundsätzliche Bestandtheile der mündlichen Verhandlung vor
kennenden Gerichte darstellen." Auf eine Vertretung der Part
einen Anwalt bezüglich des Betreibens der Zustellung eines Urt
den Gegner läßt sich somit die Bestimmung des § 74 nicht bezieh
R. C. P. O. schreibt nur vor, daß die Zustellung an den Anw
Gegners geschehen muß. **Es kann** also **auch im Anwaltsprozesse di
selbst das Urtheil erster Instanz dem gegnerischen Anwalt zustelle**
(R. G. 22. I. 83.) A. VII. (84.) 276. 277. S. jetzt die En
vereinigten Civilsenate vom 3. Januar 1887. R. C. XVII.
392 ff. in § 74.

3. **Die gesetzwidrige Zustellung eines Urtheils von Amtsweg
nicht durch unterlassene Rüge geheilt.** Urtheil des Reichsg
vom 27. Februar 1885. R. A. 1885, bes. Beil. 4 S. 205 ff.
Bd. 40 bezw. 10 Nr. 318 S. 457. S. hierüber bei § 267 e

4. **Die Zustellung der auf Betreiben der Parteien zuzustellenden
erfolgt nicht durch Uebergabe einer Ausfertigung, sondern durch
gabe einer beglaubigten Abschrift derselben.** Die Civi
ordnung enthält eine allgemeine Vorschrift darüber, in welcher
eine Ausfertigung, in welchen eine beglaubigte Abschrift zugestellt
muß, nicht; es ist vielmehr nur in einzelnen Fällen die Zustellu
Ausfertigung vorgeschrieben, die Regel bildet die Uebergabe e
glaubigten Abschrift. Was insbesondere die auf Betreiben der
zuzustellenden Urtheile betrifft, so ist in den §§ 288. 304. 47
671 C. P. O. stets nur von „Zustellung des Urtheils" die Re

Digitized by Google

Urtheile erlangen durch ihre Verkündung Wirksamkeit (§§ 281 ff. C. P. O.). Die Zustellung derselben hat nur Bedeutung für das weitere prozessualische Verfahren, insbesondere für den Beginn des Laufes der Nothfristen und für das Zwangsvollstreckungsverfahren. Jede Partei kann sich Ausfertigungen des Urtheils geben, jede kann die Zustellung desselben an den Gegner vornehmen lassen, wenn sie dieses ihrem Interesse entsprechend findet oder es einer solchen Zustellung zum Zwecke des weiteren prozessualischen Verfahrens bedarf. Sachlich liegt kein Grund vor, die Zustellung einer Ausfertigung des Urtheils für nothwendig zu erachten; die Zustellung einer beglaubigten Abschrift entspricht den Zwecken, welche mit der Zustellung verfolgt werden. (R. G. 29. III. 81.) R. C. III. (128.) 436—439. A. III. (150.) 533. S. hierüber auch bei § 290 ad R. C. III. (128.) 438. 439. (R. C. IV. (122.) 426.)

5. **Urtheile brauchen nicht durch Uebergabe einer Ausfertigung, können vielmehr auch durch Uebergabe einer beglaubigten Abschrift zugestellt werden.** Die C. P. O. kennt, wie überhaupt, so auch für Urtheile: Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften (§ 271 Abs. 1, § 288 Abs. 2), und daß auch Abschriften zugestellt werden können, ergeben die §§ 155. 172. 174 Nr. 6. Ob nun aber Urtheile in Ausfertigung zugestellt werden müssen, oder auch in Abschrift zugestellt werden können, darüber enthält die C. P. O. keine nähere Bestimmung; denn die §§ 288 Abs. 1, 304 Abs. 1, 477 Abs. 1 und 514 sprechen nur vor der **„Zustellung des Urtheils"** als solchen, und der § 288 Abs. 2 verbietet nur die Ertheilung von Ausfertigungen, Auszügen und Abschriften vor der Verkündung und Unterschrift des ergangenen Urtheils. Die Beantwortung der Frage, in welcher äußeren Form, ob in Ausfertigung ein Urtheil zugestellt werden müsse, läßt sich daher nur aus § 156 herleiten. Urtheil des Reichsgerichts vom 14. Mai 1881. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 305 S. 475. S. noch bei § 156 eodem.

6. **Unzulässigkeit des Verzichts der Partei auf das ihr in § 288 eingeräumte Recht, den Prozeßbetrieb selbst zu handhaben.** (R. G. 27. II. 85.) U. u. A. I. (283.) 461.

7. **Die Gültigkeit der Zustellung eines Urtheils kann dadurch nicht beeinträchtigt werden, daß statt der von dem Gesetze nur verlangten Uebergabe einer beglaubigten Abschrift die Ausfertigung selbst, d. i. das Original, von welcher die erforderte Abschrift zu entnehmen ist, übergeben wird.** (R. G. 10. V. 81.) R. C. IV. (122.) 426.

8. **Die „Ausfertigung" des Urtheils besteht in einer vom Gerichtsschreiber beglaubigten Abschrift.** Beschluß des O. L. G. zu Jena vom 1. Juni 1886. Bl. f. Rechtspfl. in Thüringen ꝛc. Bd. 33 S. 358. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 162 S. 226 f.

9. **Die von dem Gerichtsschreiber in der in § 288 C. P. O. vorgeschriebenen Form ertheilten Ausfertigungen des Urtheiles sind als Urschrift im Sinne der §§ 155 und 173 C. P. O. anzusehen.** (R. G. 29. III. 81.) R. C. III. (128.) 438. A. III. (150.) 534.

§ 289. **§ 289.**

Das Gericht ist an die Entscheidung, welche in den von ihm erlassenen End- und Zwischenurtheilen enthalten ist, gebunden.

Nach § 289 der C. P. O. bindet das erlassene Endurtheil und zwar

Digitized by Google

auch das bedingte den Richter und dürfen, von bestimmten Fällen abgesehen, **in der Zwischenzeit vorgekommene Ereignisse zu einer erneuerten Verhandlung der Parteien und zu einer die frühere Entscheidung des Gerichts etwa abändernden Judikatur nicht gebraucht werden.** Auf solche Einwendungen, welche bis zum Schluß der letzten, dem bedingten Urtheil vorhergehenden mündlichen Verhandlung nicht vorgebracht werden konnten, **findet die Vorschrift des § 686** der C. P. O. Anwendung. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 3. Februar 1885. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 268 S. 384.

7. Berichtigung des Urtheils.

§ 290.

§ 290.

Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten, welche in dem Urtheile vorkommen, sind jederzeit von dem Gerichte auch von Amtswegen zu berichtigen.

Ueber die Berichtigung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden. Der Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, wird auf dem Urtheil und den Ausfertigungen bemerkt.

Gegen den Beschluß, durch welchen der Antrag auf Berichtigung zurückgewiesen wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, findet sofortige Beschwerde statt.

§§ 294. Ger. K. G. § 47 Nr. 10. R. A. G. O. § 23 Nr. 1.

1. Ueber den **Unterschied zwischen der in § 431 und der in § 290 C. P. O. vorgesehenen Berichtigung.** (R. G. 3. II. 83) s. § 431 ad R. C. VIII. (116.) 392. 393. A. VII. (88.) 281. 282.

2. **Die §§ 290 und 291 setzen nicht eine Mehrzahl von Ausfertigungen des Urtheiles als stets vorhanden voraus,** sondern sie treffen nur Vorsorge, daß die Berichtigungen des Urtheiles, welche von Amts wegen oder auf Antrag der Parteien in Gemäßheit der §§ 290. 291 gemacht werden, auf alle vorhandenen Ausfertigungen gesetzt werden. Jede Partei kann sich eine Ausfertigung des Urtheiles geben lassen und wird dieses der Regel nach, auch wenn sie nicht der betreibende Theil ist, thun. **Wenn** also **in den §§ 290. 291 bestimmt ist: „der Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, wird auf dem Urtheile und den Ausfertigungen bemerkt", so folgt daraus nur, daß der Berichtigungsbeschluß nicht besonders ausgefertigt, und daß er nicht bloß auf die bei den Gerichtsakten befindliche Urschrift des Urtheiles, sondern auch auf alle Ausfertigungen, welche von demselben ertheilt sind oder noch ertheilt werden, gesetzt werden soll,** da es allerdings keinen Sinn haben würde, die Berichtigung nur auf der Ausfertigung der betreibenden Partei zu bemerken. Die §§ 290. 291 setzen nicht voraus, daß beide Theile im Besitze von Ausfertigungen sich befinden, und folgt insbesondere daraus nicht, daß der Gegner der betreibenden Partei durch diese eine Ausfertigung des Urtheiles erhalten haben müsse. Es braucht zu der Zeit, wo eine Berichtigung des Urtheiles nach § 290 von Amts wegen oder auf Antrag, oder nach § 291 eine Berichtigung des Thatbestandes beschlossen wird, eine Zustellung des Urtheiles überhaupt noch nicht erfolgt zu sein, ja es wird, namentlich in den Fällen der letzteren Art der Regel nach eine Zustellung noch nicht geschehen sein, weil die Frist nach § 291 a. a. O. nur eine Woche vom Tage des Aushanges des Verzeichnisses der verkündeten und unterschriebenen Urtheile (§ 287 C. P. O.) beträgt. **Es folgt also daraus, daß in den**

Digitized by Google

§§ 290. 291 C. P. O. von einer Mehrheit von Ausfertigungen die Rede ist, nicht die Nothwendigkeit der Uebergabe einer Ausfertigung des Urtheiles zum Zweck der Zustellung. (R. G. 29. III. 81.) R. C. III. (128.) 438. 439. A. III. (150.) 534. 535.

3. **Schreibfehler im Thatbestande des Berufungsurtheils** binden das Revisionsgericht nicht und dürfen sogar von Amtswegen verbessert werden. (R. G. 10. V. 81.) R. C. IV. (60.) 210.

4. **Wenn es sich um die Verbesserung einer bloßen Unrichtigkeit im Sinn des § 290 handelt, so ist immerhin die Partei nicht ausschließlich auf den Antrag der Richtigstellung beim Instanzrichter verwiesen, sondern kann auch durch die Berufung die Richtigstellung machen** (vgl. Wilmowski und Levy Kommentar zur C. P. O. § 290 Nr. 3). Urtheil des O. L. G. zu Jena vom 21. November 1884, Blätter für Rechtspfl. in Thüringen Bd. 32 S. 360 ff. S. A. XLI. bezw. XI. (149.) 229.

5. Der § 290 Abs. 2 der R. C. P. O. gewährt gegen den Beschluß, welcher eine Berichtigung von Schreibfehlern und ähnlichen Unrichtigkeiten eines Urtheils ausspricht, das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde, welches auch demjenigen zusteht, welcher Berufung gegen das Urtheil eingelegt hat; der Antrag, die Beschwerde nur für den Fall, daß nicht Berufung oder Revision gegen das Urtheil erhoben werde, zuzulassen, wurde in der Justizkommission des Reichstages zwar gestellt, aber verworfen. **Wird nun sofortige Beschwerde gegen einen Berichtigungsbeschluß und Berufung gegen das Urtheil erhoben, sei es von derselben Partei oder von verschiedenen Parteien, so besteht das Beschwerdeverfahren unabhängig von dem Berufungsverfahren und geht keineswegs in letzterem auf.** Der materielle Zweck, welcher durch das eine und das andere Rechtsmittel verfolgt wird, ist gänzlich verschieden. Während es sich im Berichtigungsverfahren nach § 290 der R. C. P. O., in erster wie in der Beschwerdeinstanz, darum handelt, den Inhalt des Urtheils festzustellen, indem der der Absicht des erkennenden Gerichts nicht entsprechende Wortlaut des Urtheils mit der Absicht des Gerichts in Uebereinstimmung gebracht wird, handelt es sich im Berufungsverfahren um die Prüfung der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Urtheils; bevor hierüber erkannt werden kann, muß das Berichtigungsverfahren erledigt sein. Ebenso verschieden, wie der materielle Zweck, ist die prozessuale Gestaltung der Beschwerde im Berichtigungsverfahren und der Berufung, namentlich in Betreff der Einlegungsfrist, der Nothwendigkeit mündlicher Verhandlung und der Form der Entscheidung. Es kann daher der Partei, welche gegen einen Berichtigungsbeschluß sofortige Beschwerde erhoben hat, weder wegen der von ihr selbst noch wegen der von der Gegenpartei eingelegten Berufung versagt werden, ihre Einwendungen in dem für die Beschwerde verordneten Verfahren zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen. Die Verweisung derselben in das Verfahren der Berufungsinstanz verletzt das durch § 290 Abs. 3 der R. C. P. O. gewährte Beschwerderecht, an dessen Verfolgung außerhalb des Berufungsverfahrens der Beschwerdeführer auch ein erhebliches Interesse haben kann, insbesondere hinsichtlich der Frage, ob die von ihm eingelegte Berufung ferner zu verfolgen oder zurückzunehmen sei. (R. G. 3. V. 84.) A. X. (67.) 268. 269.

6. **Die Beschwerde über eine von Amts wegen,** gemäß § 290 der

Digitized by Google

R. C. P. O., **beschlossene Aenderung eines verkündeten Urtheils statthaft.** (R. G. 1. VI. 81.) A. IV. (25.) 79. 80.

7. Nach § 530 C. P. O. findet das Rechtsmittel der Beso nur in den in der C. P. O. besonders hervorgehobenen Fällen und solche eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entsch statt, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückg ist. Nun gewährt allerdings der § 290 C. P. O. im Falle d richtigung eines Urtheils die sofortige Beschwerde. Aber **die A setzung solcher Beschwerde ist nach der Vorschrift des § 290 das Vorl sein eines gerichtlichen Berichtigungsbeschlusses**, wie denn au von einer von Amts wegen erfolgten Zustellung solchen Beschlu nach §§ 294 Abs. 3, 537. 540 C. P. O. die Frist für die Ein der sofortigen Beschwerde zu laufen beginnen kann. **Die sofort schwerde findet aber nicht statt, wenn ein von dem mündlich verk Urtheile abweichendes unter Begründung der Abweichung in den U gründen abgefaßt wird.** (R. G. 25. III. 81.) R. C. V. (96.) 357 (R. G. 1. VI. 81.) A. IV. (25.) 79.

8. Berichtigung des Thatbestandes.

§ 291.

§ 291.

Enthält der Thatbestand des Urtheils Unrichtigkeiten, welche nicht unter stimmung des vorstehenden Paragraphen fallen, Auslassungen, Dunkelheiten ode sprüche, so kann die Berichtigung binnen einer einwöchigen Frist durch Z eines Schriftsatzes beantragt werden.

Die Frist beginnt mit dem Tage des Aushangs des Verzeichnisses, in das Urtheil eingetragen ist.

Der Schriftsatz muß den Antrag auf Berichtigung und die Ladung des zur mündlichen Verhandlung enthalten.

Das Gericht entscheidet ohne vorgängige Beweisaufnahme. Bei der Entsc wirken nur diejenigen Richter mit, welche bei dem Urtheile mitgewirkt haben. Richter verhindert, so gibt bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzend bei dessen Verhinderung die Stimme des ältesten Richters den Ausschlag. E fechtung des Beschlusses findet nicht statt. Der Beschluß, welcher eine Beri ausspricht, wird auf dem Urtheil und den Ausfertigungen bemerkt.

Die Berichtigung des Thatbestandes hat eine Aenderung des übrigen Th Urtheils nicht zur Folge.

§ 462.

1. **Der § 291 setzt nicht eine Mehrzahl von Ausfertigungen theils als stets vorhanden voraus.** (R. G. 29. III. 81.) S. h bei § 290 ad R. C. III. (128.) 438. A. III. (150.) 534.

2. **Wenn in den Gründen eines Urtheiles über die Erklärung nommener Sachverständiger Angaben enthalten sind, aus welchen sich liche Aenderungen oder Ergänzungen desjenigen ergeben, was na Sitzungsprotokolle von den Sachverständigen erklärt worden ist,** so nicht nothwendig, daß eine in dieser Beziehung vorliegende Falschh Urtheils von der Prozeßpartei gerügt wird, da ja die angeblich klärungen der Sachverständigen jedenfalls der durch die im R. C. P. O. gebotene Vorlesung des Protokolles gesetzlich angeo Kontrolle durch die Sachverständigen entbehren und deshalb die V keit vorliegt, daß die Sachverständigen — des von ihnen geleisteten eingedenk — auf erfolgte Vorlesung diese Erklärungen in dem ihn Gerichte beigelegten Sinne gar nicht aufrecht erhalten, bezw. als u

Digitized by Google

oder mißverstanden bezeichnet hätten. Es bedarf aber auch nicht etwa eines Antrages auf Berichtigung des Thatbestandes des Urtheiles nach § 291 der R. C. P. O. Es ist zwar **ein solches Berichtigungsverfahren auch zur Herbeiführung der Uebereinstimmung des Thatbestandes mit dem widersprechenden Inhalte des Sitzungsprotokolles zulässig, allein bei der dem Sitzungsprotokolle zukommenden höheren Beweiskraft und angesichts der sich aus einer Vergleichung des Protokolles und des Urtheiles ergebenden mangelhaften Beobachtung der Vorschriften der §§ 146. 148 C. P. O. ist es zur Beseitigung der hier fraglichen thatsächlichen Angaben des Urtheils nicht erforderlich.** (Vgl. Seuffert's Kommentar (2. Aufl.) Anm. 1 zu § 291 C. P. O.) — (R. G. 21. II. 85.) R. C. XIII. (116.) 423. 424.

3. **Die Frist für den Antrag auf Berichtigung des Thatbestandes ist nicht von Amtswegen zu überwachen,** weil es sich hier nicht um eine Nothfrist, sondern um eine einfache gesetzliche Frist handelt (vgl. Gaupp, Komm. zur C. P. O. Anm. II zu § 291). Beschluß des O. L. G. zu Hamburg vom 22. Januar 1884. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 149 S. 218.

4. **In Wirklichkeit gibt es gar keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der in Abs. 1 und 2 des § 291 der C. P. O. normirten Frist,** weil die C. P. O. eine solche Wiedereinsetzung wegen Fristenversäumung nur in Bezug auf Nothfristen normirt hat (C. P. O. §§ 211—216), Nothfristen aber nach § 201 Abs. 3 der C. P. O. nur diejenigen Fristen sind, welche die C. P. O. als solche bezeichnet, was bezüglich der Frist des § 291 der C. P. O. nicht der Fall ist. Die Frist des § 291 ist eine gesetzliche, aber keine Nothfrist. Da besonders bestimmte Fälle der Zulässigkeit einer Verlängerung derselben im Gesetze nicht bestimmt sind, kann die Frist des § 291 nur durch (ausdrücklich erklärte oder konkludent ersichtlich gemachte) Vereinbarung der Parteien verlängert werden. (R. G. 30. IV. 85.) U. u. A. II. (57.) 113.

5. Ein oberrichterliches Urtheil kann ohne Verletzung des § 284 Ziff. 3 nach § 505 der R. C. P. O. auf den Thatbestand des erstrichterlichen Urtheils Bezug nehmen. Ist aber durch eine solche Bezugnahme das Sach- und Streitverhältniß nicht vollständig aufgenommen und hat solches auch nicht schon in dem Sitzungsprotokolle, durch welches nach § 285 l. c. der Thatbestand entkräftet werden kann, ihre Berichtigung gefunden, so ist **nach § 291 l. c. der Antrag auf Ergänzung des Thatbestandes bei dem Obergerichte zu stellen, weil bloß dann, wenn die nach § 524 für das Revisionsgericht maßgebenden, im oberrichterlichen Urtheile festgestellten Thatsachen zufolge eines nach § 291 gestellten Antrages richtig gestellt worden sind, die Revision auf eine eingetretene Unterlassung — Omission — gestützt werden kann.** (Struckmann u. Koch, Kommentar zur R. C. P. O. S. 246 Nr. 2.) — (B. O. L. 13. II. 83.) S. X. (9.) 22. 23.

6. **Ist im Thatbestand eines Urtheiles ein Einverständniß einer Partei konstatirt und ist eine Berichtigung desselben nicht beantragt worden, so kann später in der Berufungsinstanz der Einwand nicht gehört werden, daß dieses vom ersten Richter angenommene Einverständniß nicht vorhanden gewesen sei.** Es trifft der Nachtheil die Partei, welche es unterlassen hat, das ihr zur Beseitigung des durch den Thatbestand über das Partei-

Digitized by Google

vorbringen erbrachten Beweises nach § 291 der C. P. O. allein stehenden Mittels der Berichtigung des Thatbestandes zu benutzen. Thatbestand liefert nach § 285 der C. P. O. über das für die Ent dung allein maßgebende mündliche Vorbringen der Parteien Be welcher nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden kann. U des Reichsgerichtes vom 5. Oktober 1880. Fenner u. Macke, Bd. 2 S. 32. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 238 S. 360.

7. **Eine Thatbestandsberichtigung in der Revisionsinstanz kann falls die Aufnahme rechtlicher Ausführungen umfassen.** Zum Thatbe eines Urtheils, dessen Berichtigung nach § 291 der Reichs-Civilp ordnung beantragt werden kann, gehören nach § 284 Nr. 3 ebenda, kein Beweisverfahren stattgefunden hat, lediglich die Anträge und thatsächliche Begründung, neue Thatsachen dürfen aber außer in Fällen des § 516 Nr. 2 und 3 der Civilprozeßordnung in der Revi instanz nicht berücksichtigt werden. Auf die rechtlichen Ausführunge zieht sich der § 291 a. a. O. nicht. (Vgl. Seuffert's Komm zur Civilprozeßordnung § 291 und § 284 Anm.) — (B. O. L. 17 84.) S. X. (216.) 564.

8. **Die Berichtigung des Thatbestandes hat eine Aenderung des üb Theils des Urtheiles nicht zur Folge.** (R. G. 3. X. 84.) U. u. (66.) 117.

9. Ergänzung des Urtheils.

§ 292.

§ 292.

Wenn ein nach dem ursprünglich festgestellten oder nachträglich berichtigten bestande von einer Partei geltend gemachter Haupt- oder Nebenanspruch, oder we Kostenpunkt bei der Endentscheidung ganz oder theilweise übergangen ist, so Antrag das Urtheil durch nachträgliche Entscheidung zu ergänzen.

Die nachträgliche Entscheidung muß binnen einer einwöchigen Frist, wel der Zustellung des Urtheils beginnt, durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt

Der Schriftsatz muß den Antrag auf Ergänzung und die Ladung des G zur mündlichen Verhandlung enthalten.

Die mündliche Verhandlung hat nur den nicht erledigten Theil des Rechts zum Gegenstande.

§§ 462, 478, 502, 562, 654.

1. Der § 292 der C. P. O. **bezieht sich nur auf die Ergä von Urtheilen.** Die Nachholung der in einem sonstigen Gerich schluß unterbliebenen Entscheidung des Kostenpunkts kann, beim M einer anderweiten Vorschrift hierüber, nur im Wege der Besch (§§ 530 ff. 540) herbeigeführt werden. Beschluß des Reichsger vom 17. Oktober 1884. S. A. Bd. 12 bezw. 42 Nr. 75 S. 10

2. **Der Weg zur Abhülfe in einem Falle unvollständiger Entsch über den erhobenen Anspruch in der Urtheilsformel bietet nich Rechtsmittel der Berufung** — vgl. Motive zu § 478, jetzt § 499 Entwurfs, Hahn a. a. O. S. 358 — **vielmehr die Bestimmun § 292 der Civilprozeßordnung,** durch welche die nachträgliche Entsche hinsichtlich eines in der Urtheilsformel übergangenen Anspruchs e werden kann, und welche auch dann zutrifft, wenn selbst die Gr eine Entscheidung über den fraglichen Streitpunkt enthalten. Petersen, Kommentar zur Civilprozeßordnung § 293 Nr. 3; G

Digitized by Google

wey, Kommentar zu § 293 S. 447.) — (B. O. L. 26. VI. 84.) S. X. (171.) 467.

3. **Wenn das Berufungsgericht eine Entscheidung über einen Nebenanspruch nicht erlassen, also übergangen hat,** obwohl es nach § 499 C. P. O. darüber hätte erkennen müssen, so steht bezüglich dieses Anspruches der betreffenden Partei die Befugniß zu, das Urtheil zweiter Instanz nach § 292 C. P. O. ergänzen zu lassen; sie kann aber nicht mit Uebergehung der Berufungsinstanz eine Ergänzung jenes Urtheiles durch die Revision erwirken, da sich dieses Rechtsmittel nur auf diejenigen Ansprüche erstreckt, welche Gegenstand des Berufungsurtheiles waren. (R. G. 26. I. 83.) R. C. XI. (108.) 409.

4. **Ein Urtheil, welches Kostenkompensation verfügt, ohne ausdrücklich festzustellen, wer die Gerichtskosten zu zahlen habe, ist nicht unvollständig und bedarf nicht der Ergänzung.** Das Urtheil als solches hat über die Kostenlast nur zwischen den Parteien zu entscheiden, nicht über die Zahlungspflicht der Gerichtskasse gegenüber, wenngleich im § 86 Abs. 1 G. K. G. an jene Entscheidung eine gesetzliche Folge auch für das Verhältniß der Parteien zum Fiskus geknüpft ist: und unter den Parteien ist mit der Anordnung der Kostenkompensation jedenfalls bereits eine vollständige Entscheidung über die Vertheilung der Kostenlast auf Grund des § 88 Abs. 1 C. P. O. erfolgt. (R. G. 11. III. 82.) R. C. VI. (124.) 399. S. hierüber noch bei § 88 Abs. 1 ad R. C. VI. (124.) 400.

10. Rechtskraft des Urtheils.

§ 293. **§ 293.**

Urtheile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.

Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig, jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrags, mit welchem aufgerechnet werden soll.

Die Einrede des res judicata ist zulässig gegen eine lediglich die Aenderung eines durch Erkenntniß festgestellten Rechtes ohne nähere Begründung fordernde Klage. Entsch. v. 9/10. 80.

Die Rechtskraft eines Urtheils erstreckt sich nicht weiter als der Inhalt der Entscheidung über den Klageanspruch, insbesondere nicht nach dem, was materielle Rechtskraft gewinnt. (Das in Betreff eines Mitgliedes der ehelichen Gütergemeinschaft ergangene Urtheil wird nicht gegen das andere rechtskräftig.) Entsch. v. 27/9. 82.

1. Abs. 1. **Für die Rechtskraft eines Urtheiles ist das zur Zeit des Urtheilsspruches, nicht aber das zur Zeit der Anstellung der Klage, gegen welche die Einrede der Rechtskraft vorgebracht ist, geltende Recht maßgebend.** (R. G. 21. X. 81.) R. C. V. (108.) 388 bezw. V. (90.) 337. (R. C. III. (79.) 290.)

2. **Der § 293 C. P. O. bezieht sich nicht auf die Rechtskraft von Urtheilen, welche schon vor Einführung der C. P. O. ergangen sind.** Die Bestimmungen des § 293 stehen in untrennbarem Zusammenhange mit anderweiten Vorschriften des Gesetzes, z. B. mit den §§ 231. 253. 467, und können daher sich nur auf die Wirkung und den Umfang der Rechtskraft solcher Urtheile beziehen, welche auf Grund eines durch die Civil-

Digitized by Google

prozeßordnung geregelten Verfahrens ergangen sind. (Vgl. Er des R. G.'s in Civils. Bd. 3 Nr. 79 S. 290 u. Bd. 5 Nr. 90 S. 3 (R. G. 2. XI. 81.) R. C. VI. (129.) 415.

3. **Die im § 293 der R. C. P. O. ausgesprochenen Bestimmu über Rechtskraft finden auf die Rechtskraft älterer bezw. unter der schaft anderer Gesetze erlassenen Urtheile keine Anwendung,** denn da materielle Rechtskraft auf der Fiktion der Wahrheit eines unter dens Parteien über denselben Gegenstand früher ergangenen Urtheils be so kann diese dem Urtheile innewohnende Eigenschaft nur nach dem setze beurtheilt werden, unter dessen Herrschaft es erlassen worden, ist danach der Anfang derjenigen Rechtsverhältnisse zu bestimmen, w durch dasselbe festgestellt werden konnten und festgestellt worden (R. G. 20. IX. 81.) A. IV. (95.) 328.

4. **Die Bestimmungen des § 293 der C. P. O. über die Rechts haben keine rückwirkende Kraft.** Nach der in der gemeinrechtlichen Th herrschenden, im Anschluß an Savigny, System Bd. 6 § 291— von einer Mehrzahl hervorragender Rechtslehrer, insbesondere auch Windscheid, Pand. § 130, 5b Nr. 19—21 vertretenen und e in der Praxis (s. Seuffert, Archiv Bd. 18 Nr. 181, Bd. 20 Nr. Bd. 24 Nr. 89, 90, 91) zur Geltung gelangten Ansicht erstreckt sich die Rechtskraft eines Urtheils nicht bloß auf den unmittelbar darin schiedenen Klaganspruch — wie jetzt in dem § 293 der C. P. O stimmt ist — sondern auch auf die der schließlichen Entscheidung zu Gr liegenden Vorentscheidungen über Ansprüche und Rechtsverhältnisse, n die Voraussetzungen des Hauptanspruchs bilden, auf die sog. Elem des Urtheils. Urtheil des gemeinsch. thüring. O. L. G. zu J vom 23. November 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 244 S. 346.

5. **Umfang der Rechtskraftswirkung eines Urtheiles nach der prozeßordnung.** Das Urtheil hat nicht die Aufgabe, Prozeßstoff, so einen Rechtsanspruch zu erledigen. Nur zum Zwecke der Erledigung Anspruches bildet sich der Richter über die Thatsachen, von denen seiner Auffassung die Begründetheit des Anspruches abhängt, seine ficht. Die Ausführungen des Richters darüber, ob eine für einen Re anspruch erhebliche Thatsache für wahr oder für rechtswirksam zu era sei oder nicht, bilden nur die Grundlage, auf welcher das richte Urtheil beruht, nicht aber den Gegenstand und Inhalt desselben. Ausführungen selbst vermögen nicht in Rechtskraft überzugehen. Geltendmachung eines anderen Anspruches, für welchen dieselben ju schen Thatsachen von Erheblichkeit sind, bedarf es also einer ern selbstständigen Prüfung dieser Thatsachen. Nur wenn im Wege der stellungs- oder Inzidentfeststellungsklage ein Anspruch auf Anerken der Rechtswirksamkeit gedachter Thatsachen in bestimmter Richtung erh und erledigt wird, tritt in dieser Richtung Rechtskraft ein. Dies ist gesehen von der Besonderheit der mittels Einrede geltend gemachten G forderung, der Standpunkt der Civilprozeßordnung, wie er sich aus Motiven zum Entwurfe unzweifelhaft ergibt und in allen Berath stadien im bewußten Gegensatze zu der gemeinrechtlichen Doktrin und Auffassung v. Savigny's festgehalten worden ist. (Vgl. Motive zu § des Entwurfes S. 225 ff.; Protokolle der Reichstagskommission S.

Digitized by Google

108 in Hahn, Materialien zur Civilprozeßordnung Bd. 1 S. 607 ff.; Seuffert, Kommentar § 293 Bemerkungen Nr. 3.) — (R. G. 8. II. 82.) R. C. VII. (107.) 354. 355.

6. Nach der über die Frage, ob und wieweit die Gründe eines Erkenntnisses der Rechtskraft fähig sind, für das gemeine Recht vorherrschenden Ansicht, welcher sich auch das vormalige Reichsoberhandelsgericht in mehrfachen Entscheidungen (vgl. z. B. Seuffert, Archiv Bd. 25 Nr. 278 und Entsch. des R. O. H. G.'s Bd. 5 S. 84 und Bd. 14 S. 359 und die dortigen Ausführungen) angeschlossen hat und von welchen abzugehen das Reichsgericht keine Veranlassung findet, **hat ein Erkenntniß, welches auf der Feststellung eines Rechtsverhältnisses beruht und diese bezweckt, die Wirkung der Rechtskraft nicht bloß für den in jenem Rechtsstreite aus der Existenz oder Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses hergeleiteten konkreten Anspruch, sondern auch für alle künftigen Fälle, bei welchen dasselbe Rechtsverhältniß wieder in Frage kommt.** (R. G. 2. XI. 81.) R. C. VI. (129.) 415. 416.

7. Die hauptsächlich von Savigny vertretene Ansicht, wonach auch die sog. Urtheilselemente der Rechtskraft fähig sind, wurde von der C. P. O. nicht acceptirt. Es sollte dieser Ansicht vielmehr durch die Bestimmung in § 293 geflissentlich entgegengetreten und die in diesem Punkte **bestandene Kontroverse in dem Sinne gelöst werden, daß** — abgesehen zunächst von der Besonderheit einer im Wege der Einrede geltend gemachten Gegenforderung — **die Rechtskraft des Urtheils nur auf den durch die Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch, soweit er in dieser Gestalt geltend gemacht worden ist, sich bezieht und nur soweit eintritt, als über diesen im Urtheile entschieden ist.** Hierdurch wurde gesetzlich gegenüber der eben erwähnten Rechtsansicht eine Einschränkung festgestellt, indem die Entscheidung über die den erhobenen Anspruch selbst bloß bedingenden Rechte und Präjudizialpunkte, die nur in die Gründe aufgenommen sind, keine materielle Rechtskraft sollen erlangen können, wenn gleich über das Bestehen oder Nichtbestehen der die Urtheilselemente bildenden und den Ausgang des Rechtsstreits über den Klaganspruch bedingenden thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse gestritten, Beweis erhoben und der Richter in die Lage gesetzt worden war, sich über diese den Anspruch bedingenden Verhältnisse vorerst schlüssig zu machen, um zur Entscheidung der präjudizirten Sache, d. h. über den erhobenen Anspruch selbst zu gelangen. Die Wirksamkeit einer Sentenz kann sich demnach nicht mehr nach den Elementen der Entscheidung, sondern nur nach den äußeren Kriterien des mittelst Klage oder Widerklage gestellten Kondemnationsantrages und nach demjenigen, was davon im Urtheile entschieden worden ist, bemessen. Der durch diese Gesetzesnorm in § 293 gegenüber der früher herrschend gewesenen Ansicht über die Fähigkeit der Rechtskraft von entschiedenen Urtheilselementen herbeigeführte Mißstand, daß nun in einem späteren Prozesse Streitigkeiten, Beweiserhebungen und selbst Eidesleistungen über solche Thatsachen herbeigeführt werden könnten, welche zwar nicht den Gegenstand und Inhalt des im Vorprozesse endgiltig verbeschiedenen Klag- oder Widerklagan spruches, wohl aber die faktische Grundlage für den Schluß auf das Entstehen oder den Fortbestand eines Rechtsverhältnisses bildeten, das den geltend gemachten Anspruch selbst bedingt

Digitized by Google

oder ihm präjudizirt, wurde hierbei von der Gesetzgebung keines
außer Acht gelassen. Das Mittel zur möglichen Beseitigung dieses
standes ist den Parteien durch die Vorschrift des § 253 vgl. mit §
gegeben, indem es denselben hiernach gestattet ist, ein im Laufe des
zesses etwa streitig gewordenes Rechtsverhältniß, von dessen Bestehen
Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreites ganz oder zum
abhängt, im Wege der Erweiterung des ursprünglichen Klagantrages
der Erhebung einer Widerklage förmlich durch richterliche Entsche
urtheilsmäßig feststellen zu lassen und so die Möglichkeit der R
kraft einer im Vorprozesse ergangenen, sonst nur in die Gründe ver
Entscheidung über das für die Entscheidung über den ursprünglichen
spruch präjudizielle Rechtsverhältniß herbeizuführen. (Motive S. 225—
Hat eine Partei, welche sich dieses im § 253 gegebenen Hilfsmitte
bedienen in der Lage war, davon keinen Gebrauch gemacht, so ka
sich ohne Verstoß gegen die Vorschrift in § 293 auch nicht mit dem
wande, daß res judicata vorliege, dagegen schützen, daß in einem sp
Prozesse über das bereits in einem früheren Prozesse entschiedene,
ein bloßes Urtheilselement bildende nämliche Rechtsverhältniß ein
maliger Streit erhoben, wiederholt Beweis geführt und endlich abe
Entscheidung getroffen werde. Inwieweit solchen Falls bei Prüfun
erneut vorgeführten Streit- und Beweismaterials die im Vorproze
gebenen Entscheidungsgründe zu einem Urtheile etwa als neuerlich
weisargumente von Werth bei Feststellung der richterlichen Ueberze
für das mit dem neuen Rechtsstreite befaßte Gericht sein mögen, mu
selbstständigen Beweiswürdigung des letzteren vorbehalten bleiben.
Endemann, Kommentar zu § 393 Ziff. IV S. 140.) **Anwe
dieses Grundsatzes auf die Beurtheilung einer zwischen den nämlichen
teien in einem Vor- und Nachstreite zur Verhandlung gekommenen E
der Zahlung.** (B. O. L. 2. XI. 83.) S. X. (81.) 208—212
auch eine Entsch. des R. G. v. 8. II. 82. R. C. VII. (107.)

8. **Ob dem verurtheilten Schuldner aus dem gegen ihn erga
verurtheilenden Erkenntnisse gegenüber der Klage des Gläubigers au
malige Verurtheilung desselben aus dem ursprünglichen Schuldgrun
Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache zusteht, ist nach preuß
Rechte ebenso bestritten, wie nach gemeinem Rechte, von welchem das
fische Recht in dieser Hinsicht nicht abweicht.** (Vgl. einerseits T
burg, Preußisches Privatrecht 4. Aufl. Bd. 1 § 137 Anm. 2, an
seits Förster-Eccius, Theorie und Praxis des preußischen P
rechtes Bd. 1 § 56 Anm. 2.) Der Grundsatz des römischen Rechts
das Klagerecht durch die Geltendmachung desselben — nach älterem
schon durch die litis contestatio, nach späterem Rechte erst durc
Urtheil — als verbraucht zerstört werde, ist als mit Eigenthümlic
des römischen Prozesses zusammenhängend in das gemeine deutsche
nicht übergegangen (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 1 S.
und umsoweniger aus dem gemeinen in das preußische Recht. (
30. VI. 86.) R. C. XVI. (106.) 434. 435.

9. Nach der Fassung des § 293 C. P. O., nach den bezü
Motiven des Entwurfes und nach den Verhandlungen der Reich
kommission, kann nicht der geringste Zweifel bestehen, daß man

Digitized by Google

gemeinen Prozesse herrschende Theorie von Savigny, nach welcher auch die Elemente der Entscheidung der Rechtskraft fähig waren, verlassen und die Theorie, welche Unger und Wetzell für den gemeinen Prozeß und das preußische Obertribunal in seinem Urtheile vom 16. Oktober 1848 (Entsch. Bd. 1 S. 452) für den preußischen Prozeß vertreten haben, annehmen wollte, zufolge deren sich **die Rechtskraft der Entscheidung nur auf den Anspruch, welcher Gegenstand der Klage oder Widerklage bildet, nicht aber auf Feststellungen von Thatsachen oder Rechtsverhältnissen, die Zwecks der Begründung der Entscheidung über diesen Anspruch erfolgen,** erstreckt. Das Gesetz geht dabei von der Erwägung aus, daß vom Richter nur die Entscheidung über einen bestimmten Anspruch verlangt wird, daß alles, was die Parteien zur Begründung oder zur Bekämpfung dieses Anspruches vorbringen, zunächst nur mit Bezug auf diesen Anspruch geltend gemacht wird, und im Zweifel nicht zu vermuthen ist, daß die Parteien betreffs der bezüglichen Vorfragen und Zwischenfragen eine selbständige, über den, den Gegenstand des Rechtsstreites bildenden Anspruch hinausgreifende Entscheidung herbeizuführen gewillt waren. Trifft letztere Voraussetzung nicht zu, wollen also die Parteien in der That eine über den streitigen Anspruch hinauswirkende Entscheidung über solche Vorfragen herbeiführen, so gibt ihnen § 253 C. P. O. das Mittel dazu, indem er gestattet, eine bezügliche Zwischenfeststellungsklage zu erheben. Gerade der Umstand, daß das Gesetz diesen Ausweg bietet, um den Mißständen, welche das Prinzip des § 293 a. a. O. unter Umständen zur Folge haben könnte, zu begegnen, läßt um so klarer seinen Willen erkennen, daß im Uebrigen jenes Prinzip streng durchgeführt werde. (R. G. 12. II. 84.) R. C. XI. (99.) 384—387.

10. Der jetzige § 293 C. P. O. hatte im Entwurfe (§ 283) einen dritten Absatz, welcher lautete: „Der Eintritt der Rechtskraft ist nicht davon abhängig, daß die der Rechtskraft fähige Entscheidung in die Urtheilsformel aufgenommen ist." Diese Bestimmung wurde in der Justizkommission beanstandet, weil Unklarheiten entstehen würden, wenn nicht die Entscheidung selbst in der Urtheilsformel (§ 284 Ziff. 5) vereinigt wäre, wobei man jedoch nicht in Zweifel zog, daß die Urtheilsgründe zur Erläuterung des Sinnes der Urtheilsformel beigezogen werden könnten und müßten. Infolge dessen wurde besagter Absatz 3 gestrichen. Bei dieser Sachlage können Zweifel über den Sinn des Gesetzes entstehen; **es kann sich fragen, ob es Wille des Gesetzes sei, daß die Entscheidung, inwieweit der erhobene Anspruch zuerkannt oder aberkannt sei, immer ausdrücklich in der Urtheilsformel gegeben sein müsse, oder ob es statthaft sei, in Fällen, wo die Urtheilsformel nur die Zuerkennung eines Theiles des geltend gemachten Anspruches ausspricht, zur Erläuterung und Ergänzung dieser Entscheidung aus den Gründen zu folgern, daß das Uebrige aberkannt sei.** (R. G. 1. XI. 81.) R. C. V. (110.) 390.

11. **Die Rechtskraft eines Urtheils erstreckt sich nicht weiter als der Inhalt der Entscheidung über den Klaganspruch, insbesondere nicht nach dem, was materielle Rechtskraft gewinnt.** (R. G. 27. IX. 82.) A. VI. (86.) 385.

12. Indem die Reichs-Civilprozeßordnung über den objektiven Um-

Digitized by Google

fang der materiellen Rechtskraft richterlicher Urtheile in § 293 Abs. 1 die Bestimmung trifft, daß diese letzteren der Rechtskraft nur insoweit fähig sind, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist, wird hierdurch als der **zur rechtskräftigen Erledigung befähigte Gegenstand des Streites derjenige** bezeichnet, **welcher als solcher durch Parteiwillen in dem Antrage der Klage oder Widerklage Ausdruck gefunden hat.** (Vgl. insbesondere die Motive zu § 293 (§ 283 des Entwurfs); Hahn, Materialien zur Civilprozeßordnung Bd. 1 S. 290 ff.) Nach den die Geschichte seiner Entstehung begleitenden gesetzgeberischen Verhandlungen ist indessen dem § 293 Abs. 1 a. a. O. auch noch der weitere Sinn zuzuschreiben, daß **bloß diejenige richterliche Entscheidung die Rechtskraft** erlangt, **welche in den Urtheilssatz selbst oder in die sogenannte Urtheilsformel aufgenommen worden ist.** Der Entwurf des angeführten Gesetzes — § 283 — wollte das Letzere nicht, sondern hatte dem jetzigen § 293 als Absatz 3 die Bestimmung angefügt: „Der Eintritt der Rechtskraft ist nicht davon abhängig, daß die der Rechtskraft fähige Entscheidung in die Urtheilsformel aufgenommen ist." Dieser Absatz 3 wurde jedoch auf Antrag des Abgeordneten Dr. Bähr, welcher denselben durch die Ansicht begründete, daß die Entscheidung selbst zur Vermeidung von Unklarheit und Unsicherheit in der Urtheilsformel vereinigt sein müsse, durch Beschluß der Reichstagskommission beseitigt. Wenn nun auch das Gegentheil von dem, was Absatz 3 § 283 des Entwurfes aussprach, nicht durch eine direkt hierauf gerichtete Wortfassung in dem Gesetze ausgedrückt ist, so zeigen doch die geschilderten Umstände, unter welchen die beiden ersten Absätze des besagten Paragraphen gesetzliche Geltung erlangten, im Zusammenhalte mit den Motiven des Entwurfes zur Genüge, daß der in den Motiven besprochene, in der früheren preußischen und in der französischen Rechtsprechung herrschende Grundsatz, welchem gemäß nur die im Urtheilssatze (Tenor) enthaltene Entscheidung die Rechtskraft erlangen und welcher durch die Bestimmung in dem genannten Absatze 3 beseitigt werden sollte, nach dem durch den Abstrich dieses Absatzes 3 kundgegebenen Willen der Gesetzgebung als Regel aufrecht zu bleiben hatte. (Hahn a. a. O. Seite 291 und 292, sowie Seite 608 mit 609.) Dabei soll nicht abgesprochen werden, daß für den Sinn des dem Urtheilssatze gegebenen Inhaltes, sowie für den hiernach zu bemessenden Umfang der rechtskräftigen Entscheidung die Entscheidungsgründe immerhin als Auslegungsbehelf von Bedeutung sein können. (S. auch Entsch. des bayer. obersten Ldger. vom 26. Juni 1884 bei § 94 S. X. (171.) 464 ff.) — (B. O. L. 30. IV. 84.) S. X. (150.) 411—413.

13. **Eine Klage, welche lediglich die Aenderung eines durch Erkenntniß festgestellten Rechts ohne besondere Begründung fordert, steht der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen. Ist durch das Erkenntniß das Recht des Klägers nur auf eine nicht festgesetzte Zeit festgestellt, so muß der Beklagte, der dessen Abänderung fordert, nachweisen, daß die Zeit, für welche erkannt ist, abgelaufen ist, und, wenn die Feststellung nur für bestimmte Umstände festgestellt worden ist, muß er die Aenderung dieser Umstände nachweisen.** (R. G. 9. X. 80.) A. II. (117.) 507. 508.

14. **Entscheidungsgründe erwachsen nicht in Rechtskraft;** denn nach

Digitized by Google

§ 293 Abs. 1 der Reichs-Civilprozeßordnung sind Urtheile nur insoweit der Rechtskraft fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. (Seuffert, Kommentar zur Civilprozeßordnung, 1. Aufl. S. 358 ff. Bem. 1 und 2. Fitting, Reichs-Civilprozeß, 5. Aufl. S. 217 ff.) — (B. O. L. 14. III. 84.) S. X. (133.) 360. 361.

15. **Charakterisirt sich das den Kläger abweisende Urtheil als eine Abweisung in angebrachtem Maß, so kann demselben die exceptio rei judicatae gemäß des den objektiven Umfang der materiellen Rechtskraft regelnden § 293 der C. P. O., wonach der Inhalt des Urtheils maßgebend ist für die Untersuchung, was im konkreten Fall rechtskräftig entschieden ist, nur insoweit entnommen werden, als die Begründung des Anspruchs in diesem Rechtsstreit dieselbe geblieben ist.** Dieses aber ist da nicht der Fall, wo die Klagbegründung durch Anführung neuer Thatsachen vervollständigt worden ist. S. hierüber bei § 130. Urtheil des O. L. G. zu Kiel vom 3. Februar 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (305.) 455. S. hierüber noch bei § 130 eodem.

16. **Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache? — Erste Klagbegründung: aus einem vom Beklagten in Person; zweite: aus einem durch einen Stellvertreter abgeschlossenen Geschäft.** Ein von einem Bevollmächtigten abgeschlossener Vertrag steht daher auf wesentlich anderen rechtlichen Erfordernissen, als ein Vertrag, der zwischen Personen, welche dadurch unmittelbar gegen einander berechtigt und verpflichtet werden sollen, abgeschlossen wird. Es ist unbeschadet der gleichen Rechtswirkungen, soweit das Verhältniß zwischen dem Vertretenen und dem Dritten in Frage kommt, doch ein wesentlich anderer Rechtsakt und bedingt, wenn er zur Grundlage einer Klage gemacht wird, eine wesentlich andere Vertheidigung. Urtheil des Reichsgerichts vom 15. Oktober 1885. Bl. f. R. A. 1885 bes. Beil. 9 S. 437 ff. S. A. XLI. bezw. XI. (306.) 456. 457.

17. Das durch ein Urtheil anerkannte subjektive Recht einer Partei ist keine Rechtsnorm im Sinne des § 512 der R. C. P. O., da hierunter nur das objektive Recht, nämlich der Kreis der Rechtsvorschriften, zu verstehen ist. **Wenn aber der Parteibehelf der rechtskräftig entschiedenen Sache in Form einer Einrede geltend gemacht wird, so gehört doch diese nicht zu denjenigen Einreden, deren Berücksichtigung von Richteramtswegen stattzufinden hat.** (Eing. der Motive zu § 247 der R. C. P. O., sowie § 513 Nr. 4 und 5 der letzteren.) Die Einrede der Rechtshängigkeit wird zur Einrede der rechtskräftig abgeurtheilten Sache, nachdem in dem Prozesse durch Endurtheil über den Streit definitiv entschieden ist, und gleichwie auf die erstgenannte Einrede von einer Partei wirksam verzichtet werden kann, ist ein solcher Verzicht auch in Bezug auf die andere Einrede rechtlich statthaft. Was jedoch in dieser Hinsicht von der Aufstellung, daß die Sache rechtskräftig entschieden sei, in dem Falle gilt, wenn dieselbe zum Gegenstande einer Einrede gemacht wird, hat um so mehr Geltung, falls sie von einer Partei als Angriffsmittel benützt werden könnte. (B. O. L. 21. III. 82.) S. IX. (183.) 562.

18 Darüber, wie der Begriff des Klaggrundes nach der C. P. O. aufzufassen sei, wird gestritten. Nach der einen Auffassung, welche namentlich von Dernburg (Privatr. Bd. 1 § 126; Pand. Bd. 1 § 152)

Digitized by Google

vertreten wird, ist als Klaggrund der Inbegriff der Thatsachen aufzufassen, welche an sich geeignet sind, den Klagantrag zu rechtfertigen, also den mit der Klage verfolgten Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen. Diese Thatsachen also sind es, welche, wenn der fraglichen Auffassung nachgegangen wird, dem Klaganspruch die dem Zweck des gerichtlichen Verfahrens entsprechende Individualisirung geben. Die andere Auffassung läßt als Klaggrund die allgemeine Angabe des Obligationsgrundes (Siebenhaar, Komm. zur C. P. O. S. 340 ff.), die juristische Qualifikation des Thatbestandes (Wach, Vortr. S. 18, 19), ohne Aufstellung des Erfordernisses näherer Bezeichnung der juristischen Thatsachen gelten. Der ersteren Auffassung, welche nach gemeinem Civilprozeßrecht die angesehensten Schriftsteller zu Vertretern hat (vgl. Buchka, Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniß Bd. 2 S. 200; Wetzell, Civilprozeß § 16), steht, wenn sie auch durch keine Bestimmung der C. P. O. ausdrücklich bestätigt wird, doch auch keine im Gesetzbuch enthaltene Rechtsnorm in der Art entgegen, daß ihre Aufrechthaltung zu einem solchen Rechtssatz in Widerspruch treten könnte. In den Motiven zur C. P. O. (Hahn, Materialien Bd. 1 S. 255) wird sie gutgeheißen. Das R. G. ist in dem Bd. 10 S. 434 der Entscheidungen abgedruckten Erkenntniß (in Seuffert, Archiv Bd. 39 Nr. 145) ebenfalls von ihr ausgegangen. **Die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache ist also nicht begründet, sofern in der neuen Klage der mit derselben verfolgte Anspruch nicht aus wesentlich denselben Thatsachen und Rechtsvorgängen als in der früheren Klage hergeleitet wird, denn es reicht für die Begründetheit dieser Einrede nicht hin, daß die allgemeine Angabe des Obligationsgrundes oder die juristische Qualifikation des Thatbestandes in beiden Klagen übereinstimmt.** Urtheil des Reichsgerichts vom 15. Oktober 1885. Bl. f. R. A. 1885 bes. Beil. 9 S. 437 ff. S. A. XLI. bezw. XI. (306.) 457. 458.

19. **Eine über die Grenzen des Klage- oder Widerklage-Antrages hinausgehende Entscheidung ist der Rechtskraft nicht fähig.** Aus der im ersten Absatz des § 293 der C. P. O. enthaltenen Bestimmung folgt, daß die in einem Urtheil über einen Anspruch enthaltene Entscheidung — abgesehen von dem im zweiten Absatz des § 293 enthaltenen — nur dann der Rechtskraft fähig ist, wenn dieser Anspruch mittels einer Klage oder Widerklage von der einen oder anderen Partei geltend gemacht war. Man wollte nämlich, wie die Motive der C. P. O. besagen, es von dem Willen der Parteien abhängig machen, wie weit die Rechtskraft der in einem angestellten Prozeß ergehenden Urtheile reichen solle. Urtheil des hanseatischen O. L. G. zu Hamburg vom 6. Dezember 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 158 S. 225. 226.

20. **Die Abweisung des einen Klaggrundes wird nicht rechtskräftig, wenn die dagegen eingelegte Revision in den Entscheidungsgründen verworfen, dagegen in Folge der Revision gegen die Entscheidung über den anderen Klaggrund das Berufungs-Urtheil aufgehoben und die Sache in die Berufungs-Instanz zurückverwiesen ist.** Urtheil des Reichsgerichts vom 14. April 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 332 S. 470.

21. Nach den Grundsätzen der Civilprozeßordnung besteht **zwischen der Einrede der Rechtskraft und der Klagänderung** — vgl. die Erklärung

Digitized by Google

des Direktors v. Amsberg in den Protokollen der Justizkommission S. 542 und den § 254 bad. Prozeßordnung — **ein Zusammenhang**, welcher einen zutreffenden Ausdruck in dem Satze findet, daß, wenn im Falle einer neuen Klage die Einrede der rechtskräftigen Sache nicht entgegengesetzt werden kann, dann eine gegen die Vorschrift des § 240 C. P. O. verstoßende Klagänderung anzunehmen ist. Nach der Vorschrift des § 293 Abs. 1 C. P. O. tritt nun Rechtskraft in soweit ein, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist, und dem steht grundsätzlich gleich, wenn durch Feststellungs- oder Inzidentfeststellungsklagen über präjudizielle Rechtsverhältnisse die richterliche Entscheidung angerufen worden ist. (§§ 213. 253 a. a. O., Motive S. 227. Vgl. Wilmowsky und Levy, 4. Aufl. S. 302, 400; Petersen zu Art. 293 S. 387. 493 und die Citate; Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 8 S. 355.) — (R. G. 27. I. 85.) R. C. XIV. (98.) 347. 348.

22. **Einrede der Rechtskraft; verschiedene thatsächliche Begründung derselben Forderung.** Urtheil des O. L. G. zu Celle vom 22. Oktober 1880. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 159 S. 227.

23. **Berufung des Beklagten auf die Rechtskraft eines gegen ihn ergangenen Urtheils, wenn er auf dieselbe Leistung aus einem anderen Rechtsgrunde nochmals in Anspruch genommen wird (hereditatis petitio und actio depositi).** Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig vom 3. Dezember 1883. S. B. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 158 S. 237 ff.

24. **Rechtskraft des einen obligatorischen Anspruch anerkennenden Urtheils gegenüber einer späteren diesen Anspruch bestreitenden Negatorienklage.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 7. April 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 331 S. 470.

25. **Universalität der über Statusfragen ergangenen res judicata.** In den Gesetzen ist dem richterlichen Ausspruch über den status eines Menschen, insbesondere auch den status familiae, die besondere Wirksamkeit beigelegt, daß, sobald das Vorhandensein des status einmal richterlich anerkannt ist, derselbe nicht weiter bestritten werden soll, auch nicht von solchen, die an dem Rechtsstreit, in welchem der richterliche Ausspruch erfolgte, nicht theilnehmen. Erkenntniß des O. L. G. zu Braunschweig vom 18. Juni 1880. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 82 S. 118. 119.

26. **Abs. 2.** S. hierüber bei § 276 ad R. C. VI. (132.) 421—423.

27. **Rechtskraft der Entscheidung über eine Kompensationseinrede.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 5. Juli 1880. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 83 S. 119.

28. **Umfang der Rechtshängigkeit bezw. der Rechtskraft einer Entscheidung über eine Kompensationseinrede.** Der § 293 Abs. 2 bezieht sich sowohl auf die Entscheidung über das Bestehen, als auf die über das Nichtbestehen der Gegenforderung. In beiden Fällen soll die Rechtskraft bloß den Betrag ergreifen, mit welchem aufgerechnet worden ist. Der Ueberschuß der Forderung kann in einem neuen Prozeß ganz so zur Entscheidung kommen, wie wenn die frühere Entscheidung nicht vorhanden wäre. Dies wird nicht allein in den Motiven zu § 283 des Entwurfs der C. P. O. S. 227 ausdrücklich hervorgehoben, sondern steht auch im Einklange mit dem im § 293 Abs. 1 aufgestellten Grundsatz, daß nur die

Digitized by Google

Entscheidung über den Klag- oder Widerklag-Anspruch Rechtskraft erlangt, daß also Alles, was die Entscheidungsgründe sonst noch über mit diesem Anspruch nicht unmittelbar zusammenhängende Rechtsverhältnisse bemerken, nicht die Rechtskraft beschreitet. Wenn das Gericht im Vorprozeß das Bestehen der ganzen Gegenforderung prüft und befindet, sie bestehe im Ganzen nicht zu Recht, so ertheilt es zwar einen Ausspruch über die ganze Gegenforderung, im Urtheil wird aber immerhin lediglich über den aufgerechneten Theil der Gegenforderung entschieden. Nur dieser Theil befand sich im Streit. Der Ausspruch über den Mehrbetrag ist nichts als ein Bestandtheil der Gründe, eine Voraussetzung der Entscheidung, welche nicht in Rechtskraft erwächst. Die Vorschriften des § 293 Abs. 2 sind so klar, daß zwischen der Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung und der Entscheidung über das Nichtbestehen nicht unterschieden werden kann. Was von dem einen Fall gilt, muß auch von dem anderen gelten. Die Erwägung, daß die beklagte Partei für den Fall der Aberkennung des aufgerechneten Theils der Gegenforderung die Berücksichtigung des Mehrbetrages verlange, berechtigt nicht zu der Unterscheidung. Die Rechtskraft der Entscheidung über die ganze Gegenforderung tritt vielmehr nur dann ein, wenn Zwischenfeststellungsklage (§ 253) erhoben und hierdurch zu erkennen gegeben wird, daß eine über den streitigen Anspruch hinaus wirkende Entscheidung über die ganze Gegenforderung gefällt werden solle. Urtheil des Reichsgerichts vom 9. Juni 1886. Wengler's Archiv Jahrg. 7 S. 543. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 69 S. 98—100.

29. Bezüglich der Frage, **inwieweit die Entscheidung über das Nichtbestehen einer einredeweise geltend gemachten Gegenforderung rechtskräftig wird**, sind einige Schriftsteller (Fitting, Reichscivilprozeßordnung § 61 Note 5 S. 218 ff., 4. Aufl. und in Busch, Zeitschrift für Civilprozeß Bd. 2 S. 266 ff.; Seuffert, Civilprozeßordnung S. 370 § 293 Anm. 4, 3. Aufl.; Löning in Busch, Zeitschr. für Civilpr. Bd. 4 S. 51; v. Bülow, Civilprozeßordnung § 293 S. 214 ff., Anm. 1, 2. Aufl.) der Meinung, daß, wenn auch die Entscheidung, welche die Gegenforderung anerkennt, bloß bis zur Höhe des aufgerechneten Betrages der Rechtskraft fähig sei, doch die Entscheidung über das Nichtbestehen einer einredeweise behaupteten Gegenforderung für den ganzen Betrag der Gegenforderung, wenn diese die Klagesumme übersteige, Rechtskraft erlange. Dies widerstreitet jedoch den deutlichen Worten des § 293 Abs. 2 C. P. O. Hier ist bestimmt: „Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig, jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrages, mit welchem aufgerechnet werden soll." Das Gesetz bezieht sich also sowohl auf die Entscheidung über das Bestehen, als auf die über das Nichtbestehen der Gegenforderung. **Die bloße Geltendmachung im Wege der Einrede schafft höchstens Rechtskraft rücksichtlich des zur Aufrechnung gebrachten Betrages, gleichviel ob derselbe zugesprochen oder aberkannt wird.** (R. G. 9. VI. 86.) R. C. XVI. (87.) 355—358.

30. Nirgends in der C. P. O. ist vorgeschrieben, daß eine **Entscheidung über Kompensationseinreden** in den Urtheilstenor aufzunehmen sei; andererseits ist in § 293 Abs. 2 daselbst die Rechtskraft einer solchen

Digitized by Google

Entscheidung **keineswegs davon abhängig gemacht, ob sie im Tenor oder nur in den Entscheidungsgründen vorkommt.** Dies wird sogar auch von Solchen anerkannt, die im übrigen die Rechtskraft nach Entscheidungen beschränken wollen. Mandry, Civilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze (2. Aufl.) S. 283; Seuffert, C. P. O. (2. Aufl.), Bemerkung 5 zu § 293, S. 585. (R. G. 1. IV. 85.) U. u. A. II. (58.) 114.

11. Verkündung der Beschlüsse des Gerichts.

§ 294. **§ 294.**

Die auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehenden Beschlüsse des Gerichts müssen verkündet werden.

Die Vorschriften der §§ 280, 281 finden auf Beschlüsse des Gerichts, die Vorschriften der §§ 283, 288 auf Beschlüsse des Gerichts und auf Verfügungen des Vorsitzenden, sowie eines beauftragten oder ersuchten Richters entsprechende Anwendung.

Nicht verkündete Beschlüsse des Gerichts und nicht verkündete Verfügungen des Vorsitzenden und eines beauftragten oder ersuchten Richters sind den Parteien von Amtswegen zuzustellen.

§§ 127, 280, 281, 283 Abs. 3, §§ 730 Abs. 2, 802 Abs. 2. Konk. O. §§ 66, 68, 69. Es ist nicht erforderlich, daß sämmtliche bei der Entscheidung wirkende Richter einen Beschluß unterschreiben. Beschl. v. 18/12. 80.

1. **Abs. 1. Beschlüsse des Gerichtes müssen, um nach außen Bestand und Geltung zu erlangen, verkündet oder „den Parteien von Amts wegen zugestellt werden."** (R. G. 8. III. 84.) R. C. XI. (106.) 403.

2. **Nur die Entscheidung nicht auch der Grund eines Beschlusses ist der Rechtskraft fähig.** (R. G. 14. IX. 87.) R. C. XVIII. (102.) 435.

3. **Abs. 2.** Ueber die formalen Erfordernisse der Urtheile gibt die C. P. O. in § 284 Vorschriften, wonach das Urtheil unter Anderem enthalten soll: die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung. Es darf indessen § 284 über seinen Wortlaut hinaus nicht auf Beschlüsse ausgedehnt werden — § 294 Abs. 2 der C. P. O. **Da das Gesetz für Beschlüsse eine eigene Form nicht vorschreibt, so ist bei deren Abfassung rücksichtlich der Bezeichnung der Parteien weiter nichts zu beachten, als daß diese in erkennbarer, ihre Identität sicher stellender Weise benannt werden.** (B. O. L. 3. VII. 84.) S. X. (176.) 478.

4. **Ein Beschluß muß nicht von sämmtlichen Richtern, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben, unterschrieben werden.** § 294 Abs. 2 C. P. O. bestimmt, welche der für Urtheile geltenden Bestimmungen auf Beschlüsse Anwendung finden sollen. Unter diesen Bestimmungen ist weder § 284, nach dessen Ziff. 2 ein Urtheil die Namen der Richter, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben, enthalten soll, noch § 286, welcher bestimmt, daß das Urtheil von diesen Richtern zu unterzeichnen ist, aufgeführt. Allerdings ist § 288 erwähnt, welcher bestimmt, daß, so lange das Urtheil nicht verkündigt und nicht unterschrieben ist, eine Ausfertigung desselben nicht ertheilt werden dürfe. Allein daraus folgt nur, daß ein Beschluß vor der Ausfertigung in der zur Beurkundung desselben erforderlichen Weise unterschrieben sein soll. Diese Auslegung des Gesetzes ist auch in der Geschäftsordnung des Reichsgerichts anerkannt, welche in § 19 bei Beschlüssen, die nicht

Digitized by Google

auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehen, die Bezeichnung der Namen der mitwirkenden Richter und deren Unterschrift nicht vorschreibt, und in deren Motiven bemerkt ist, daß § 286 C. P. O. in § 294 auf Beschlüsse nicht ausgedehnt sei. (R. G. 18. XII. 80.) R. C. III. (112.) 400. 401.

5. **Abs. 3. Zur Wirksamkeit einer behändigten richterlichen Verfügung ist die thatsächliche Kenntnißnahme der Partei von deren Inhalt nicht erforderlich.** Die Eröffnung oder Behändigung der richterlichen Entscheidungen und Verfügungen hat zwar an und für sich den Zweck, den betheiligten Parteien Kenntniß von dem Inhalt des betreffenden Erlasses zu verschaffen; dennoch ist, den gesetzmäßigen Vollzug des Eröffnungs- oder Behändigungsaktes vorausgesetzt, davon, ob jener Zweck in Wirklichkeit erreicht worden ist und die Partei von dem Inhalt thatsächlich Kenntniß erlangt hat, die Wirksamkeit der Verfügung nicht abhängig, und es bleibt daher ein etwaiger Beweis der später oder gar nicht erlangten Kenntniß auf die Bestimmung des Wirksamkeitsbeginnes der eröffneten oder behändigten Verfügung ohne Einfluß. Dem entsprechend wird aber auch durch die den bestehenden Vorschriften entsprechende Behändigung an einen (ad hoc gesetzlich bezeichneten) Stellvertreter der von Hause abwesenden Partei der Eintritt der Rechtswirksamkeit der Verfügung auf den Zeitpunkt dieser Behändigung fixirt und es ändert hieran nichts, wenn im einzelnen Fall der abwesende Betheiligte erst in einem späteren, zufälligen und zum Voraus nicht zu bestimmenden Zeitmoment von dem Inhalt der Verfügung oder von dem Behändigungsakt thatsächlich Kenntniß erlangt; ja es haben sogar, wie nicht bezweifelt werden kann, die gesetzlichen Regeln, nach welchen im Fall der zeitigen Abwesenheit des Adressaten die Behändigung an Familienangehörige oder Hausgenossen zu bewirken ist, eigens den Zweck, des in der persönlichen Abwesenheit des Ersteren liegenden faktischen Hindernisses ungeachtet eine rechtswirksame Behändigung zu ermöglichen und somit den Wirksamkeitsbeginn richterlicher Erlasse von dem zweifelhaften Ergebniß etwaiger Beweise über den Zeitpunkt der wirklich erlangten Kenntniß des Betheiligten von dem Inhalt der Verfügung oder vom Insinuationsakt unabhängig zu stellen. In diesem Sinne hat denn auch die R. C. P. O. z. B. die Wirksamkeit des Entmündigungsbeschlusses lediglich von der Zustellung an den Entmündigten abhängig gemacht (§ 623), und für den Vollzug der letzteren die hierauf mit zu beziehende Anordnung getroffen, daß dieselbe bei persönlicher Abwesenheit des Adressaten an die Familien- und Hausgenossen desselben zu bewirken sei. (§ 166). Erk. des O. L. G. zu Kassel. Heuser Annalen Bd. 25 S. 5. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 81 S. 117. 118.

Dritter Titel.

Versäumnißurtheil. (§§ 295—312).

1. Nach § 251 C. P. O. können Angriffs- und Vertheidigungsmittel bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden. Diese Vorschrift findet nach § 485 a. a. O. auch Anwendung auf die Berufungsinstanz, in welcher unter Zulassung neuer Thatsachen und Beweismittel (§ 491 a. a. O.) der Rechtsstreit von neuem verhandelt wird (§ 487 a. a. O.). Ein solches

Digitized by Google

neues Vorbringen wird der Partei durch ihr Ausbleiben im Termine zur mündlichen Verhandlung abgeschnitten, und diese Wirkung der Versäumniß wird durch das Urtheil, welches auf Antrag bei Versäumniß ergeht, in jedem Falle, wenn auch stillschweigend, als Grundlage der Entscheidung festgestellt. Ein Urtheil, welches zum Theil als kontradiktorisches, zum Theil als Versäumnißurtheil anzusehen wäre, kennt die Civilprozeßordnung nicht. (R. G. 20. VI. 83.) R. C. X. (128.) 403. 404.

2. **Gegen den geladenen, aber nicht erschienenen Nebenintervenienten ist ein Versäumnißurtheil nicht zu erlassen, wenn die Hauptpartei erschienen ist.** Nach der rechtlichen Natur der Stellung des Nebenintervenienten hat dieser im Falle seines Nichterscheinens als durch die erschienene Hauptpartei vertreten zu gelten. (R. G. 15. X. 84.) R. C. XV. (125.) 429. 430.

3. **Das Rechtsmittel, welches gegen die eine prozeßhindernde Einrede verwerfende Vorentscheidung eingelegt wurde, wird dadurch gegenstandslos, daß später ein Versäumnißurtheil in der Hauptsache erlassen und rechtskräftig geworden ist,** denn diese Einrede wird durch das hinterher in der Hauptsache ergangene rechtskräftige Versäumnißurtheil gegenstandslos. Es ist das eine Folge, welche sich aus den Grundsätzen der Civilprozeßordnung über die Struktur des Verfahrens und die mündliche Verhandlung, sowie aus deren Vorschriften über das Versäumnißurtheil ergibt. — **Einfluß eines in der Hauptsache ergangenen Versäumnißurtheils auf die früheren Prozeßverhandlungen.** — Nach den Prinzipien der Civilprozeßordnung, welche eine Gliederung des Verfahrens in bestimmte, stofflich gesonderte Abschnitte nicht kennt, konzentrirt sich der ganze Streitstoff in der mündlichen Verhandlung, die, wenn sie auch im Laufe der Instanz über mehrere Termine sich erstreckt, als ein einheitlicher Akt anzusehen ist. Wenn sonach eine bestimmte mündliche Verhandlung aus irgend einem Grunde, z. B. durch den Erlaß eines Zwischenurtheiles, die Anordnung einer Beweisaufnahme u. s. w. eine Unterbrechung erlitten hat, so muß grundsätzlich in der fortgesetzten Verhandlung der ganze Streitstoff vorgebracht werden, und es stellt sich diejenige mündliche Verhandlung, welche der Urtheilsfällung unmittelbar vorausgeht, als die entscheidende dar, sodaß von dem erkennenden Richter nur dasjenige, was in derselben von den Parteien geltend gemacht ist, in Betracht gezogen werden darf. Erscheint nun der Beklagte bei dieser Verhandlung nicht, so treten die Versäumnißfolgen der §§ 295—297 C. P. O. ein, wie wenn sein Ausbleiben in dem ersten Verhandlungstermine erfolgt wäre, und es ergeht gegen ihn, in der Sache ein Versäumnißurtheil. Das hat dann zur Folge, daß der Inhalt der bisherigen Verhandlungen, namentlich auch, soweit er der säumigen Partei zum Vortheile gereicht, z. B. Geständnisse, Ergebnisse einer Beweisaufnahme, als nicht existent angesehen wird, daß ferner Zwischenurtheile, auch die auf Grund der §§ 248 und 276 C. P. O. erlassenen, ihre Bedeutung verlieren. Das Korrektiv bildet hier der Rechtsbehelf des Einspruches, der, ohne an irgend welche materielle Voraussetzungen geknüpft zu sein, durch seine der gesetzlichen Vorschrift gemäß erfolgte Einlegung den Prozeß in die Lage zurückversetzt, in welcher sich derselbe vor Eintritt der Versäumniß befand — § 307 C. P. O. — Damit lebt denn der frühere Prozeß-

Digitized by Google

inhalt wieder auf, Zwischenurtheile, Urtheile über prozeßhindernde Einreden u. s. w. treten wieder in Kraft — Motive S. 235 —, und es wird die Verhandlung der Sache fortgesetzt, als wenn das Versäumnißurtheil nicht ergangen wäre. Erfolgt aber kein Einspruch, so erlangen die Versäumnißfolgen definitive Wirkung, und das Versäumnißurtheil geht in Rechtskraft über. Daraus ergibt sich nun, daß durch die Nichterhebung des Einspruches auch die Verfolgung eines gegen das Zwischenurtheil eingelegten Rechtsmittels gegenstandslos wird, da dasselbe dem rechtskräftigen Versäumnißurtheile gegenüber zu einem Erfolge in der Sache nicht mehr führen kann, und daß aus gleichem Grunde fernerhin die Einlegung eines solchen Rechtsmittels als wirkungslos sich darstellt. (Vgl. Struckmann und Koch zu § 297; Wilmowski und Levy, 3. Ausg. S. 411; Gaupp zu § 248 Nr. 3; v. Bülow zu § 297; Petersen, 2. Ausg. S. 501/2; Seuffert zu § 297 Nr. 2.) Die vorstehend entwickelten Grundsätze über die Folgen der Versäumniß finden allerdings nur insoweit Anwendung, als nicht im gegebenen Fall bereits durch bedingtes Endurtheil über den Anspruch entschieden, oder ein Theilurtheil in der Sache erlassen ist, da bezüglich des durch letzteres ausgeschiedenen Prozeßstoffes eine Versäumniß nicht mehr stattfinden kann. Das gilt indeß nicht auch für ein bezüglich einer prozeßhindernden Einrede erlassenes Zwischenurtheil, da letzteres nur einen antizipirten Bestandtheil der Endentscheidung enthält, nicht aber, auch nur für einen Theil des streitigen Anspruches, die Instanz abschließt. (R. G. 13. I. 85.) R. C. XIV. (97.) 343—346. (S. auch R. C. XV. (92.) 349.)

Voraussetzungen und Erlaß.

§ 295.

§ 295.

Erscheint der Kläger im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht, so ist auf Antrag das Versäumnißurtheil dahin zu erlassen, daß der Kläger mit der Klage abzuweisen sei.

§ 197.

1. Da die C. P. O. als Folge der Versäumniß des Klägers nicht vorschreibt, daß der Kläger von der Instanz zu entbinden oder die Klage als nicht angebracht zu erachten sei, sondern die Kontumazialfolge dahin bestimmt, daß der Kläger mit der Klage abgewiesen wird, so folgt schon aus der Fassung des § 295, daß durch das Versäumnißurtheil über den erhobenen Anspruch selbst erkannt wird, und **kann es keinem Bedenken unterliegen, daß ein solches die Klage abweisendes Urtheil, wenn gegen dasselbe der Einspruch nicht erhoben wird, dieselben Wirkungen hat, wie ein auf kontradiktorische Verhandlung ergangenes, die Klage abweisendes Urtheil, namentlich also die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache begründet.** (Vgl. Hahn, Materialien zur Civilprozeßordnung S. 292. 293. 610 f. 618 f. 917. 1006. 1113. 1219.) Dem Kläger ist durch das Gesetz ein wirksamer Schutz gegen die schweren Folgen seines Ungehorsams in dem Einspruche gegeben; macht er aber von diesem Schutzmittel keinen Gebrauch, so treten die Folgen der rechtskräftigen Abweisung seiner Klage in vollem Umfange ein. (R. G. 13. X. 82.) R. C. VII. (120.) 397. A. VI. (105.) 481—483.

2. **Es kommt lediglich darauf an, welchen Antrag der im Verhandlungstermine erschienene Beklagte in diesem gestellt hat.** Auf die Motive,

Digitized by Google

welche den Kläger veranlaßt haben, das Versäumnißurtheil gegen sich ergehen zu lassen, kommt es bei Beurtheilung der Bedeutung und Wirkung des letzteren nicht an. Die in dem vorbereitenden Schriftsatze angekündigten Anträge des Beklagten haben keine maßgebende Bedeutung, entscheidend sind nur die von ihm bei der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge. (R. G. 13. X. 82.) R. C. VII. (120.) 397. 398. A. VI. (105.) 482. 483.

3. Die Wirkung des gegen den Kläger nach § 295 erlassenen, rechtskräftig gewordenen Versäumnißurtheiles besteht darin, daß der in der Klage erhobene Anspruch aberkannt ist. Denn **die Rechtskraft des Urtheiles bezieht sich auf den durch die Klage erhobenen Anspruch und tritt ein, soweit über diesen im Urtheile entschieden ist** (§ 293 C. P. O.). Nur der in der Klage erhobene und abgewiesene Anspruch kann nicht von neuem erhoben werden. (R. G. 13. X. 82.) R. C. VII. (120.) 398. A. VI. (105.) 483.

§ 296. **§ 296.**

Beantragt der Kläger gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnißurtheil, so ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen.

Soweit dasselbe den Klagantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrage zu erkennen; soweit dies nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen.

§ 430.

1. **Wenn der Beklagte in der auf die Klage anberaumten mündlichen Verhandlung nicht erscheint, so muß das Gericht seine Zuständigkeit von Amts wegen prüfen und kann nicht ohne solche Prüfung das Versäumnißurtheil erlassen.** Da das Gesetz nirgends bestimmt, daß der Richter seine Zuständigkeit nicht von Amts wegen prüfen soll, und nur ein zuständiger Richter zu einer Entscheidung berufen ist, so muß der Richter, wie nach dem bisherigen gemeinen sowohl als preußischen Prozeßrecht, so auch nach der Reichscivilprozeßordnung seine Zuständigkeit jedesmal, und zwar wenn nicht die Einrede der Unzuständigkeit vom Beklagten erhoben ist, von Amts wegen prüfen. Abgeändert ist das bisherige Prozeßrecht insoweit, als der Richter nicht die Klage ohne Gehör des Beklagten (a limine) wegen Unzuständigkeit abweisen darf, sondern ohne Prüfung den Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmen muß, und als ferner die Civilprozeßordnung der Vereinbarung der Parteien über den Gerichtsstand eine größere Bedeutung beilegt, indem der Richter, wenn die Parteien vereinbaren, vor einem nach Buch I Abschn. I Tit. 2 nicht zuständigen Gericht Recht nehmen zu wollen, dem der Regel nach nicht widersprechen darf. Der Richter muß aber in jedem Falle, mag der Kläger den Gerichtsstand auf Vereinbarung der Parteien oder auf das Gesetz gründen, seine Zuständigkeit prüfen. Falls die Zuständigkeit auf Vereinbarung gegründet wird, muß der Richter prüfen, ob die Vereinbarung zu Stande gekommen, und ob sie namentlich mit Rücksicht auf die Vorschrift in § 40 Abs. 2 C. P. O. rechtsbeständig ist. Wenn der Beklagte in dem Termine zur mündlichen Verhandlung erscheint und zur Hauptsache verhandelt, ohne vorher die Unzuständigkeit gerügt zu haben, so ist die richterliche Entscheidung über die Zuständigkeit nach § 39 C. P. O. von selbst gegeben; das Gesetz schreibt vor, daß in diesem Falle stillschweigende Vereinbarung anzunehmen sei; durch

Digitized by Google

diese stillschweigende Vereinbarung ist die Zuständigkeit begründet
in anderen Fällen eine stillschweigende Vereinbarung anzunehm
unterliegt der richterlichen Prüfung nach allgemeinen Grundsätzen.
diesen hat also der Richter auch zu prüfen, ob eine stillschweigend
einbarung anzunehmen ist, wenn der Beklagte in der mündliche
handlung überhaupt nicht erscheint. Eine solche ist aber nicht anzu
und ist deßhalb zu prüfen, ob der Gerichtsstand nach dem G
(Buch I Abschn. I Tit. 2 namentlich § 29 C. P. O.) begründet i
ist also, wenn der Beklagte in der mündlichen Verhandlung nicht er
an erster Stelle und vor der Prüfung, ob die Klage begr
ist, von Amts wegen zu prüfen, ob das Gericht zur Erlassung
beantragten Versäumnißurtheiles zuständig ist, sei es durch
barung (Tit. 3) oder durch das Gesetz (Tit. 2). Aus dem Nichters
des Beklagten ist aber nicht zu schließen, daß er mit dem Gericht
einverstanden sei. Viel näher liegt vielmehr die Annahme, daß d
klagte durch sein Nichterscheinen habe zu erkennen geben wollen,
eine stillschweigende Vereinbarung über den Gerichtsstand nicht habe
vielmehr dem Richter habe überlassen wollen, von Amts wegen d
ständigkeit nach dem Gesetze zu prüfen. So ist die Sache übern
im bisherigen Rechte aufgefaßt (vgl. Entsch. des R. O. H. G.'s
S. 8. 9). In der That hätte auch der § 39 C. P. O. kaum di
liegende Fassung erhalten können, wenn der Gesetzgeber nicht
Auffassung gehabt hätte. Bei einer anderen Auffassung hätte e
näher gelegen, dem § 39 die Fassung zu geben, daß stillschweigend
einbarung sowohl dann, wenn Beklagter in der mündlichen Verha
nicht erscheine, als wenn er ohne Rüge der Unzuständigkeit zur
sache mündlich verhandle, anzunehmen sei. Auch die Annahme, d
nicht erscheinende Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit ver
habe, damit präkludirt sei, ist nicht zu billigen. Dies würde nu
angenommen werden können, wenn das Gesetz die Präklusion für d
Fall statuirte. Eine solche Bestimmung enthält aber die Civil
ordnung, namentlich im § 296, nicht, vielmehr schließt § 247 d
aufgeführten prozeßhindernden Einreden, unter welchen auch die d
zuständigkeit des Gerichts aufgeführt ist, erst nach dem Begin
mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Haupt
nicht also im Falle des Nichterscheinens des Beklagten, aus.
26. V. 80.) R. C. I. (158.) 439—441. (R. C. II. (118.)
S. übrigens noch Weiteres R. C. I. (158.) 441—444.

2. **Gegen den geladenen, aber nicht erschienenen Nebenintervе
ist ein Versäumnißurtheil nicht zu erlassen, wenn die Hauptpartei er
ist.** (R. G. 15. X. 84.) S. bei § 295 ad R. C. XV. (125.

3. **Die Abweisung der Klage beim Nichterscheinen des Be
(§ 296 der C. P. O.) ist dem Kläger gegenüber, dem eine Vers
überall nicht zur Last fällt, nicht Versäumnißurtheil.** Der Kläge
also gegen dasselbe nach § 474 der C. P. O. die Berufung ei
weil diese nur der säumigen Partei versagt ist. Diese letztere kam
in der zweiten Instanz die versäumten Erklärungen nachholen und
die Klagbehauptungen noch alle Vertheidigungsmittel geltend
namentlich auch dieselben noch bestreiten, weil die Klagthatsache

Digitized by Google

sowohl als zugestanden, sondern als nicht bestritten und darum keines weiteren Beweises bedürftig angesehen werden. Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe vom 21. November 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 151 S. 220.

4. **Wenn eine Schadensklage das Gesuch enthält, die Verhandlung und Entscheidung zunächst auf die Ersatzpflicht zu beschränken, hierbei zwar der Betrag des Schadens noch nicht beziffert ist, aber die Möglichkeit vorliegt, die Höhe des Schadens aus den in der Klage enthaltenen Angaben zu ermitteln, so kann im Falle des Nichterscheinens des Beklagten das Gericht von der ihm nach § 276 zustehenden Befugniß in der Weise Gebrauch machen und in Gemäßheit des § 296 die Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger Schadensersatz zu leisten, durch Versäumnißurtheil aussprechen.** Hierbei ist zugleich zur Verhandlung über den Umfang des Schadensersatzanspruches nach Erledigung eines etwaigen Einspruches die Anordnung eines weiteren Termines vorzubehalten. (R. G. 5. V. 83.) R. C. X. (108.) 357.

§ 297. **§ 297.**

Als Verhandlungstermine im Sinne der vorstehenden Paragraphen sind auch diejenigen Termine anzusehen, auf welche die mündliche Verhandlung vertagt ist, oder welche zur Fortsetzung derselben vor oder nach dem Erlasse eines Beweisbeschlusses bestimmt sind.

§ 195.

1. **Einfluß eines in der Hauptsache ergangenen Versäumnißurtheils auf die früheren Prozeßverhandlungen.** — (R. G. 13. I. 85.) R. C. XIV. (97.) 343. S. hierüber bei § 295.

2. **Das Rechtsmittel, welches gegen die eine prozeßhindernde Einrede verwerfende Vorentscheidung eingelegt wurde, wird dadurch gegenstandslos, daß später ein Versäumnißurtheil in der Hauptsache erlassen und rechtskräftig geworden ist.** (R. G. 13. I. 85.) R. C. XIV. (97.) 343. S. hierüber bei § 295.

§ 298. **§ 298.**

Als nicht erschienen ist auch diejenige Partei anzusehen, welche in dem Termine zwar erscheint, aber nicht verhandelt.

Wenn bei dem Ausbleiben einer Partei (Anwaltes) die andere Partei (Anwalt) Anträge nicht stellt und hierauf die Anberaumung eines neuen Termins in Folge neuer Ladung erfolgt, so darf das Gericht die Strafe des § 48 des G. K. G. nicht anwenden. (R. G. 30. IV. 84.) A. X. (71.) 277.

§ 299. **§ 299.**

Wenn eine Partei in dem Termine verhandelt, sich jedoch über Thatsachen, Urkunden oder Eideszuschiebungen nicht erklärt, so finden die Vorschriften dieses Titels keine Anwendung.

§§ 129, 392, 404, 417, 429, 434.

1. Der § 299 C. P. O. setzt voraus, daß diejenige Partei, gegen welche er zur Anwendung gebracht werden soll, verhandelt hat, wenn auch nur unvollständig. Eine Definition des Begriffes „**verhandeln**“ wird in der Civilprozeßordnung nicht aufgestellt. Unter Berücksichtigung der Bestimmungen in §§ 128. 129 Abs. 1 und des Sprachgebrauches (vgl. Sanders, Wörterbuch der deutschen Sprache unter „Handeln“

Digitized by Google

Bd. 1 S. 685; Adelung, Wörterbuch Bd. 4 S. 1057; Grimm, Wörterbuch bei „Handeln" Bd. 4 S. 378. 11 d), wird unter verhandeln diejenige Thätigkeit der Parteien zu verstehen sein, in welcher sie unter einander vor dem Richter einen unter ihnen vorwaltenden Rechtsstreit von entgegengesetztem Standpunkte aus erörtern und — eine jede in ihrem Interesse — diejenigen thatsächlichen Umstände, rechtlichen Ausführungen und Anträge vorbringt, durch welche sie eine ihren Absichten entsprechende Entscheidung des Richters herbeiführen will. Uebrigens fällt, wie in § 4 der allgemeinen Begründung zur Civilprozeßordnung hervorgehoben wird, unter diesen Begriff nicht bloß dasjenige Parteiverfahren, in welchem beide Parteien wirklich gleichzeitig handeln, sondern auch dasjenige, in welchem sie nach der Absicht des Gesetzgebers gleichzeitig handeln sollen, das Versäumnißverfahren. (Vgl. Hahn, Die gesammten Materialien zur C. P. O. Bd. 1 S. 125 und das übereinstimmende Urtheil des ersten Civilsenates des R. G.'s vom 27. Jan. 1883, mitgetheilt in den Entsch. des R. G.'s in Civilsachen Bd. 8 S. 381.) — **Die Parteianträge bilden einen Theil der mündlichen Verhandlung.** Aus dem Prinzip der Mündlichkeit oder nach der Ausdrucksweise des § 4 der allgemeinen Begründung zur Civilprozeßordnung aus dem Grundsatze „der Unmittelbarkeit der Verhandlung", vermöge dessen „die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte eine mündliche sein soll" (vgl. Hahn, Die gesammten Materialien Bd. 1 S. 124), ergibt sich, daß alles dasjenige zur mündlichen Verhandlung gehört, was die Parteien in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung über das Streitverhältniß zur Erreichung ihres Zweckes vor dem Richter vortragen (§§ 119. 128 Abs. 2 C. P. O.). Von dem Grundsatze, daß nur dasjenige zu berücksichtigen ist, was mündlich vorgetragen worden, besteht nach der Civilprozeßordnung keine Ausnahme. Ganz wesentlich für dieses Vorbringen der Parteien sind aber ihre Anträge (§ 121 Nr. 2 C. P. O.). Denn in ihnen ziehen die Parteien das Endergebniß aus ihren thatsächlichen und rechtlichen Anführungen und rufen mit deren Formulirung den Richter an, dasjenige zu ihrem Vortheile anzuordnen, was sie als die berechtigte Folgerung aus ihrem gesammten Vortrag ansehen (s. hierüber auch noch bei § 128 ad R. C. X. (120.) 390. 391). **In dem Verlesen der Anträge kann sonach ein Verhandeln zur Sache liegen, es bleibt aber die Frage, ob eine Partei gar nicht (§ 298) oder nur unvollständig verhandelt hat (§ 299), eine thatsächliche und aus besonderen Umständen des einzelnen Falles zu beantwortende. Auch mit dem Verlesen der Anträge kann eine Partei schon zur Sache verhandeln.** (R. G. 17. X. 83.) R. C. X. (120.) 388—392. A. IX. (12.) 59 ff. (S. noch bei § 128 und 298 ad R. C. X. (120.) 392. 393.

2. **Für die Frage, ob verhandelt worden ist, kommt es auf den Inhalt des Vorgetragenen, und nicht auf den Willen der Partei an.** Es steht nicht im Belieben der Partei, im Laufe der Verhandlung ihre bisherigen Auslassungen zur Sache zurückzunehmen, zu erklären, daß sie gar nicht verhandeln wolle, und zu beantragen, daß gegen sie nicht ein kontradiktorisches (§ 299 C. P. O.), sondern bei entsprechendem Verlangen des Gegners ein bloßes Versäumnißurtheil (§ 298) erlassen werde. Das in der Civilprozeßordnung den Parteien eingeräumte Verfügungsrecht darf

Digitized by Google

nicht dahin ausgedehnt werden, daß bereits erworbene Rechte der anderen Partei vereitelt werden. Ist die Partei in die Verhandlung zur Sache eingetreten, so kann sie das damit für die Gegenpartei begründete Recht auf endgültige Entscheidung des Prozesses nicht beseitigen und nicht die definitive Beendigung des Rechtsstreites dadurch hinhalten, daß sie bei Anheimstellung der Abfassung eines Versäumnißurtheiles sich das verzögernde Recht des Einspruches hiergegen (§§ 303. 307 C. P. O.) sichert. Auch in anderen Fällen gestattet die Civilprozeßordnung (§§ 39. 43. 73. 247) und das Gerichtsverfassungsgesetz (§ 106) gewisse Anträge nur bis zu bestimmten Abschnitten des Verfahrens. (R. G. 17. X. 83.) R. C. X. (120.) 392. 393. A. IX. (12.) 63. 64.

§ 300. **§ 300.**

Der Antrag auf Erlassung eines Versäumnißurtheils ist zurückzuweisen, unbeschadet des Rechts der erschienenen Partei, die Vertagung der mündlichen Verhandlung zu beantragen:

1. wenn die erschienene Partei die vom Gerichte wegen eines von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes erforderte Nachweisung nicht zu beschaffen vermag;

§ 54.

2. wenn die nicht erschienene Partei nicht ordnungsmäßig, insbesondere nicht rechtzeitig geladen war;
3. wenn der nicht erschienenen Partei ein thatsächliches mündliches Vorbringen oder ein Antrag nicht rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgetheilt war.

§§ 123, 194, 204, 233, 244, 245, 304, 459, 481, 517, 567.

Wird die Verhandlung vertagt, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termine zu laden.

Ger. K. G. § 48.

1. Ziff. 1. **Die Klagerhebung kann auch auf andere Weise als durch die Zustellungsurkunde nachgewiesen werden.** Beschluß des O. L. G. zu Rostock vom 7. März 1881. Mecklenb. Zeitschr. f. Rechtspfl. ꝛc. Bd. 2 S. 98. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 182 S. 235.

2. Ziff. 2. **Der Kläger hat das Recht, nach § 300 Nr. 2 C. P. O. Vertagung zu verlangen, dann nicht, wenn der Beklagte erschienen ist und Abweisung der Klage beantragt.** Der § 300 der C. P. O. anerkennt ein Recht des Klägers, Vertagung der mündlichen Verhandlung wegen nicht ordnungsmäßiger Ladung der Gegenpartei zu verlangen, nur für den Fall, daß letztere nicht erschienen ist. Es erscheint nicht gerechtfertigt, dieses Recht auf den Fall auszudehnen, daß die Gegenpartei erschienen ist und wegen nicht ordnungsmäßiger Ladung die Abweisung der Klage beantragt. Einer entsprechenden Anwendung der für ersteren Fall gegebenen Bestimmung auf den letzteren Fall steht die wesentliche Verschiedenheit beider Fälle entgegen, indem es sich im ersteren Falle nicht um Ausschließung oder Einschränkung eines Rechtes des Beklagten, sondern lediglich um die Verpflichtung des Prozeßgerichtes handelt, unter den gesetzlichen Voraussetzungen dem Vertagungsantrage des Klägers zu entsprechen, wogegen in dem zweiten Falle bei Anerkennung eines Rechtes des Klägers auf Vertagung, also Fortsetzung des Verfahrens, das Recht des Beklagten, die Abweisung der Klage zu verlangen, für den Fall, daß Kläger die Vertagung beantragt, ausgeschlossen sein würde. (R. G. 21. VI. 84.) R. C. XIII. (83.) 339.

Digitized by Google

3. Ziff. 3. Nach § 300 Ziff. 3 C. P. O. ist der Antrag auf E
eines Versäumnißurtheiles zurückzuweisen, wenn der nicht erschien
Partei ein thatsächliches mündliches Vorbringen oder ein Antrag n
rechtzeitig mittels Schriftsatzes zugestellt war. **Für die Rechtzeiti
der Zustellung vorbereitender Schriftsätze, welche in einer bereits rec
hängig gewordenen Streitsache den gestellten Klagantrag in der Ha
sache oder in Bezug auf Nebenforderungen im Sinne des § 240 Zi
C. P. O. erweitern, ist aber die Zustellungsfrist des § 123 a. a
nicht die in § 234 a. a. O. besonders geregelte Einlassungsfrist
gebend.** Letztere gilt nur für die Vorbereitung des Beklagten zur
klärung über den Inhalt der Klageschrift. Dies ergibt schon
Wortlaut der bezüglichen Vorschriften. Der § 123 R. C. P. O.
besondere redet von vorbereitenden Schriftsätzen, welche „nur Thatsa
oder ein anderes neues Vorbringen" enthalten, und begreift darun
außer der Namhaftmachung neuer Beweismittel, sowohl die Ergänz
des ursprünglichen Klagevorbringens durch neues thatsächliches Vorbrin
als auch die nachträgliche Geltendmachung neu entstandener oder ü
sehener, auf demselben unterliegenden Rechtsverhältnisse beruhender R
ansprüche. Bei dieser Auslegung des Gesetzes kann keine Rede da
sein, daß zur Erklärung des Beklagten auf ein derartiges neues
bringen in einer anhängigen Rechtssache ein besonderer Termin zur m
lichen Verhandlung anzuberaumen wäre, es fällt vielmehr dieser mit
gemäß § 233 C. P. O. zur Verhandlung über die Klage bestimm
Termine zusammen. (R. G. 11. XII. 85.) R. C. XV. (107.) 392.

§ 301.

§ 301.

Gegen den Beschluß, durch welchen der Antrag auf Erlassung des Versäum
urtheils zurückgewiesen wird, findet sofortige Beschwerde statt. Wird der Beschluß
gehoben, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termine nicht zu laden

§ 540.

**Gleichzeitige Stattgebung und Zurückweisung des Antrages auf E
eines Versäumnißurtheiles in dem nämlichen Erkenntnisse bei theilbaren
sprüchen. Die zurückweisende Entscheidung ist nicht mit dem Rechtsm
der Berufung, sondern mit dem der sofortigen Beschwerde anfechtbar.** Z
ist nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung im Versäumnißverfa
auf den Antrag der erschienenen Partei gegen die nicht erschienene r
mäßig durch Versäumnißurtheil zu entscheiden, das dem Ant
steller gegenüber die Natur eines kontradiktorischen Erkenntnisses hat
während es dem Einspruche der säumigen Partei unterliegt, von S
der nicht säumigen nur mit dem Rechtsmittel der Berufung angefo
werden kann. Allein der § 300 verbunden mit § 301 C. P. O.
ordnet eine Ausnahme von dieser Regel. In den dort vorgeseh
Fällen soll der Antrag auf Erlaß eines Versäumnißurtheiles d
Gerichtsbeschluß zurückgewiesen werden und dieser wiederum
sofortigen Beschwerde des Antragstellers unterliegen. Es handelt
hierbei überall um Mängel im vorausgegangenen Verfahren, welche
Rechtshängigkeit des verfolgten Anspruches nicht aufheben. Beseitigt d
der Antragsteller die dem Erlasse des Versäumnißurtheiles entgegenstehe
Hindernisse, oder erwirkt er im Wege der Beschwerde die Aufhebung
ablehnenden Beschlusses, so kann das Prozeßgericht in dem neu a

Digitized by Google

beraumenden Verhandlungstermine die nicht erschienene Partei auf Grund ihres früheren Versäumnisses verurtheilen. Ist danach ein Gerichtsbeschluß in den Fällen des § 300 a. a. O. die allein zulässige Art der Entscheidung, so ist es auch für die Statthaftigkeit des in § 301 a. a. O. vorgesehenen Rechtsmittels der sofortigen Beschwerde unerheblich, ob das Prozeßgericht für die Zurückweisung des Antrages auf Erlaß eines Versäumnißurtheiles die Form eines Beschlusses oder diejenige eines Erkenntnisses gewählt, oder auch die theilweise Zurückweisung desselben mit theilweiser Verurtheilung der säumigen Partei verbunden hat. Wollte man auf die Form der gerichtlichen Entscheidung das entscheidende Gewicht legen, so wäre es gegen die Absicht des Gesetzes dem Ermessen des Prozeßgerichtes anheimgegeben, dem Antragsteller den Weg der Beschwerde, unter Umständen sogar jedes Rechtsmittel abzuschneiden. (R. G. 11. XII. 85.) R. C. XV. (107.) 391. 392.

§ 302. **§ 302.**

Das Gericht kann von Amtswegen die Verhandlung über den Antrag auf Erlassung des Versäumnißurtheils vertagen, wenn es dafür hält, daß die von dem Vorsitzenden bestimmte Einlassungs- oder Ladungsfrist zu kurz bemessen, oder daß die Partei durch Naturereignisse oder durch andere unabwendbare Zufälle am Erscheinen verhindert worden sei. Die nicht erschienene Partei ist zu dem neuen Termine zu laden.

§§ 193 Abs. 2, 194, 204 Abs. 3, 234, 481, 517. § 473.

Obgleich es sich hier nicht mehr um Einlegung eines Rechtsmittels handelt (§ 164), **ist die Ladung nicht der Partei selbst, sondern dem nach § 164 dieselbe vertretenden Prozeßbevollmächtigten zuzustellen.** (R. G. 9. III. 83.) R. C. VIII. (126.) 427.

Einspruch.

§ 303. **§ 303.**

Der Partei, gegen welche ein Versäumnißurtheil erlassen ist, steht gegen dasselbe der Einspruch zu.

§§ 295, 296, 297, 312, 144, 217, 218, 220, 223, 318, 429, 504, 529, 563, 578, 611, 640, 767.

1. **Einlegung des Einspruches vor Zustellung des Versäumnißurtheils.** (R. G. 25. I. 81.) S. hierüber bei § 304 ad R. C. III. (115.) 408. 409.

§ 304. **§ 304.**

Die Einspruchsfrist beträgt zwei Wochen; sie ist eine Nothfrist und beginnt mit der Zustellung des Versäumnißurtheils.

§§ 477 Abs. 2, 514 Abs. 2.

Muß die Zustellung im Ausland oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen, so hat das Gericht die Einspruchsfrist im Versäumnißurtheile oder nachträglich durch besonderen Beschluß, welcher ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden kann, zu bestimmen.

1. **Die Einlegung des Einspruches ist nach der Verkündung, und vor der Zustellung des Versäumnißerkenntnisses zulässig.** Der § 303 der C. P. O. gewährt einer Partei schlechthin den Einspruch gegen das wider sie erlassene Versäumnißurtheil. In § 304 ist zwar für die Einlegung des Einspruches eine Nothfrist festgesetzt und deren Beginn von der Zustellung des Urtheiles abhängig gemacht. Allein damit ist nur das Recht auf den Einspruch in der Weise beschränkt, daß dessen Aus-

Digitized by Google

übung nach Ablauf der gesetzten Frist nicht mehr zulässig sein soll. die Festsetzung einer Frist für eine Prozeßhandlung hat zwar zur wendigen Folge die Ausschließung der Prozeßhandlung nach abgela Frist, nicht aber hat sie immer auch die Bedeutung, daß der betre Prozeßakt ausschließlich nur innerhalb dieser Zeitfrist vorgenommen n könnte und dürfte. Dies ist denn auch der nicht undeutlich ausgeb Standpunkt des Gesetzes. Wenn nämlich die Civilprozeßordnung ausginge, daß die Festsetzung einer Nothfrist von selbst und ohne we die Vornahme der Prozeßhandlung vor dem Beginn der Frist re unmöglich mache, so hätte sie sich nicht veranlaßt sehen können, bez der Berufungs- und Revisionsfrist in den §§ 477 und 514 beson zu bestimmen, daß die Einlegung dieser Rechtsmittel vor Zustellun Urtheils unwirksam sei. Indem aber die Civilprozeßordnung die sondere Bestimmung bezüglich der Berufung und Revision getroffe bezüglich des Einspruches aber nicht, ist zu folgern, daß sie aus liegenden praktischen Gründen in letzterer Richtung eine solche Bestim nicht hat treffen, mithin das Einspruchsrecht diesfalls nicht hat beschr wollen. Durch den Hinweis auf § 306 C. P. O. kann diese S folgerung nicht entkräftet werden. Der § 306 überweist die Pr der Formalien bezüglich des Einspruches der Offizialthätigkeit des Ri wie es in Betreff der Berufung der § 497 thut. Eine materielle tive für diese Prüfung geben die beiden Paragraphen nicht an die In Ermangelung dessen entscheidet sich die Rechtzeitigkeit der Ber nach § 477 Abs. 1 und 2, während rücksichtlich des Einspruche Umstand maßgebend ist, daß eine dem § 477 Abs. 2 analoge stimmung für ihn nicht getroffen wurde, der Einspruch also nur präkludirt erscheint, wenn er nach Ablauf der gesetzlichen Frist ein worden ist. (R. G. 25. I. 81.) R. C. III. (115.) 408. 409.

2. **Die Einlegung des Einspruches nach der Verkündung, aber v Zustellung des Urtheiles ist zulässig.** (R. C. III. (115.) 408.) Die der Zulässigkeit des Einspruches vor Zustellung des Versäumnißurt ist freilich eine sehr bestrittene. Es muß aber als entscheidendes M für die Rechtswirksamkeit der Einlegung des Einspruches schon vo Zustellung des Versäumnißurtheiles angesehen werden, daß der G geber in den Schlußsätzen der §§ 477 und 514 C. P. O. hins der Berufung und Revision die Einlegung vor der Zustellung ausd lich für wirkungslos erklärt hat, während in den §§ 304 und 5 P. O. hinsichtlich des Einspruches und der sofortigen Beschwerd Beifügung einer solchen Bestimmung unterlassen ist. Denn diese sache berechtigt zu dem Schlusse, daß der Gesetzgeber nicht davon a gangen ist, daß die Festsetzung einer Nothfrist grundsätzlich und weiteres eine Vornahme der betreffenden Prozeßhandlung vor Beginne der Frist wirkungslos mache, und daß er ferner die fü Berufung und Revision besonders gegebene Vorschrift für den Ein und die Beschwerde nicht hat geben wollen, sondern hier mit fortgelassen hat. Das gegen diese Schlußfolgerung zulässige Bed daß der Gesetzgeber auch etwas Ueberflüssiges gesagt bezw. die W holung der betreffenden Bestimmungen überall, wo die gleichen Vo setzungen zutreffen, unabsichtlich unterlassen haben könne, muß nothn

Digitized by Google

Hintergrund treten, wo es an jedem Anhaltspunkte dafür fehlt, n Gesetzgeber der Vorwurf eines solchen Mangels in der Technik Ausdrucksweise treffe. Ueberdies ist in der Begründung des Ent- der C. P. O. (S. 302 vgl. mit S. 314) für den Schlußsatz igen §§ 477 und 514 ausdrücklich geltend gemacht, daß dadurch heit der Frist für beide Parteien, sowie die einheitliche Verhand- der Rechtsmittelinstanz über die möglicherweise von beiden Theilen ten Rechtsmittel erreicht werde, welcher Gesichtspunkt bei dem che nicht zutrifft, sodaß sehr wohl dieser sachliche Unterschied den eber zu einer verschiedenen Behandlung bewogen haben kann. em wird die hier vertretene Ansicht noch unterstützt durch den C. P. O., indem es hiernach die Regel ist, daß es der Zustellung theile neben deren Verkündigung nicht bedarf, und es als eine principii erscheint, daß in betreff der für gewisse, in Bezug auf angenes Urtheil vorzunehmende Prozeßhandlungen vorgeschriebenen sten eine allgemeine Ausnahme statuirt sei. (Vgl. Seuffert, ntar zur C. P. O. 2. Aufl. Anm. zu § 304.) (R. G. 17. I. 83.) IX. (121.) 421—423. A. VII. (150.) 481 ff. S. auch S. A. 3 bezw. 8 Nr. 350 S. 465. 466. Ebenso hat das R. G. erkannt r Entsch. v. 23. November 1881.

§ 305. **§ 305.**

ie Einlegung des Einspruchs erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Der- ß enthalten:

1. die Bezeichnung des Urtheils, gegen welches der Einspruch gerichtet wird;
2. die Erklärung, daß gegen dieses Urtheil Einspruch eingelegt werde;
3. die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache.

er Schriftsatz soll zugleich dasjenige enthalten, was zur Vorbereitung der Ver- g über die Hauptsache erforderlich ist.

Abs. 3. Eine ohne vorgängige Ansetzung des Termines erfolgte (§§ 230. 305. 479. 515. C. P. O.) macht die Sache in der Instanz ahängig. (R. G. 13. VII. 83.) S. hierüber bei § 479 Abs. 3 C. IX. (113.) 388. 389.

Dadurch, daß der Beklagte bei Einlegung des Einspruches ge- 305 Nr. 3 die Ladung des Klägers zur mündlichen Verhandlung ie Hauptsache beantragt, begibt er sich nicht des Rechtes, die (in rdnungsmäßiger, namentlich nicht rechtzeitiger Ladung bestehende) lhaftigkeit der Klagerhebung in dem bestimmten Termine zu rügen. arin, daß er in diesem Termine nach erfolgter Rüge jenes Mangels Anordnung des Prozeßgerichtes, zur Hauptsache zu verhandeln, sich che selbst einläßt, kann ein Verzicht auf die bereits erhobene Rüge efunden werden. Zwar steht es dem Beklagten frei, ungeachtet ordnung des Gerichtes, zur Hauptsache nicht zu verhandeln und halb gegen ihn ergehendes abermaliges Versäumnißurtheil nach Abs. 2 C. P. O. mit der Berufung aus dem Grunde anzufechten, as Gericht die Verhandlung über die Hauptsache mit Unrecht an- et habe. Aber daraus, daß Beklagter diesen Weg nicht einschlägt, der Anordnung des Gerichtes, zur Hauptsache zu verhandeln, leistet, kann doch eine Zurücknahme des vorher erhobenen Einwandes rdnungsmäßiger Ladung nicht entnommen werden, wie auch in dem daß das Prozeßgericht ohne vorgängige Erledigung einer erhobenen

Digitized by Google

prozeßhindernden Einrede auf Grund des § 248 Abs. 2 a. a. O. Verhandlung zur Hauptsache anordnet, in dem gemäß dieser Anor stattfindenden Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache ein Verzid die vorgeschützte prozeßhindernde Einrede nicht zu finden ist, gleichv er bei der Einlassung zur Hauptsache bezüglich dieser Einrede einer behalt gemacht hat oder nicht. Endlich ist ein Verzicht des Bek auf den Einwand nicht ordnungsmäßiger Ladung auch nicht darin blicken, wenn er im Falle einer Berufung in der Berufungsinstan Antrag nicht stellt, die Klage aus diesem Grunde wie angebracht weisen; denn wenn die Klage in erster Instanz rein abgewiesen w und von dem Beklagten als Berufungsbeklagten beantragt war Berufung als unbegründet zurückzuweisen, so war in diesem weiter den Antrage auch der eventuelle Antrag mit enthalten, die Klage, die reine Abweisung derselben nicht bestätigt werde, wenigstens brachtermaßen abzuweisen. (R. G. 21. VI. 84.) R. C. XIII. 337. 338.

3. **In der Zustellung des Versäumnißurtheils an den Beklagten im Falle des Mangels ordnungsmäßiger Ladung desselben bei der erhebung eine Nachholung der ordnungsmäßigen Klagzustellung von des Klägers nicht gefunden werden.** Es ist hierin allerdings eine B richtigung des Beklagten von der dem Urtheile zum Grunde lieg und eine Voraussetzung desselben bildenden Klage enthalten und da forderniß der Ladung des Beklagten durch das schon vorliegende U und die nunmehr nach § 305 Nr. 3 dem Beklagten obliegende Lad pflicht erledigt; aber wenn man auch hieraus den Schluß ziehen n daß die Anhängigkeit des Rechtsstreites, wenn nicht schon früher g § 235 jedenfalls mit der Zustellung des Versäumnißurtheils einge sei, so wird doch diese Wirkung der letzteren durch Einlegung des spruches nach § 307 wieder beseitigt. (R. G. 21. VI. 84.) XIII. (83. 338. 339.

Prüfung des Einspruchs.

§ 306.

§ 306.

Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob der Einspruch an sich st und ob er in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Fehlt es an einem Erfordernisse, so ist der Einspruch als unzulässig zu verwerfen.

Ger. K. G. § 26 Nr. 6 § 32. R. A. G. O. § 20.

§ 307.

§ 307.

Ist der Einspruch zulässig, so wird der Prozeß in die Lage zurückverse welcher er sich vor Eintritt der Versäumniß befand.

Entscheidung des Einspruchs.

§ 308.

§ 308.

Insoweit die Entscheidung, welche auf Grund der neuen Verhandlung zu e ist, mit der in dem Versäumnißurtheil enthaltenen Entscheidung übereinstimmt, ist zusprechen, daß diese Entscheidung aufrecht zu erhalten sei. Insoweit diese Vo setzung nicht zutrifft, wird das Versäumnißurtheil in dem neuen Urtheil aufge

Digitized by Google

1. **Inhalt des Urtheils auf erhobenen Einspruch, wenn sich inzwischen der Prozeß bis auf den Kostenpunkt erledigt hat.** (R. G. 18. IX. 85.) U. u. A. III. (132.) 290 f.

Kosten.

§ 309. **§ 309.**

Ist das Versäumnißurtheil in gesetzlicher Weise ergangen, so sind die durch die Versäumniß veranlaßten Kosten, soweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind, der säumigen Partei auch dann aufzuerlegen, wenn in Folge des Einspruchs eine abändernde Entscheidung erlassen wird.

§§ 474, 529.

1. **Die Kosten für ein Versäumnißurtheil hat ohne Rücksicht auf das weitere Ergebniß des Streitverfahrens regelmäßig der Säumige selbst zu tragen.** Zwar wird durch einen zulässigen Einspruch der Prozeß gemäß § 307 der C. P. O. in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumniß befand, weßhalb die Sachlage materiell so anzusehen ist, als ob kein Versäumnißurtheil in Mitte läge, (Seuffert, Kommentar zur C. P. O., zu § 307, Hellmann, C. P. O., Bd. II. S. 188), aber immerhin bleibt das Versäumnißurtheil trotz des Einspruches ein gebührenpflichtiger Akt. Die durch die Versäumniß veranlaßten Kosten der säumigen Partei sind gemäß des im § 309 der C. P. O. ausgesprochenen Prinzipes, wenn das Versäumnißurtheil in gesetzlicher Weise erlassen wurde, immer und selbst dann aufzuerlegen, wenn in Folge Einspruches eine abändernde Entscheidung erlassen wird, und besteht in dieser Beziehung eine Ausnahme nur in Bezug auf diejenigen Kosten, welche durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners gegenüber dem Einspruche entstanden sind. (B. O. L. 25. I. 84.) S. X. (116.) 311. 312.

Nichterscheinen und Nichtverhandeln in der Einspruchsverhandlung.

§ 310. **§ 310.**

Einer Partei, die den Einspruch eingelegt hat, aber in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung oder in derjenigen Sitzung, auf welche die Verhandlung vertagt ist, nicht erscheint oder nicht zur Hauptsache verhandelt, steht gegen das Versäumnißurtheil, durch welches der Einspruch verworfen wird, ein weiterer Einspruch nicht zu.

§ 648 Nr. 3.

Nach §§ 295, 296, 300 der C. P. O. setzt der Begriff der Versäumung, als nothwendiger Grundlage eines Versäumnißurtheils, ein Weiteres nicht voraus, als daß die gehörig geladene Partei in dem Verhandlungstermin nicht erschienen ist. **Ob die Versäumung eine verschuldete oder eine unverschuldete oder gar eine durch höhere Gewalt herbeigeführte war, ist für den Begriff Versäumung völlig unerheblich. Gegen die zweite Versäumung, auch wenn sie eine unverschuldete war, gewährt die C. P. O. keine Abhülfe.** Urtheil des hanseatischen O. L. G. v. 15. Febr. 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 160 S. 230.

Digitized by Google

Verzicht und Zurücknahme des Einſpruchs.

§ 311.

§ 311.

In Betreff des Verzichts auf den Einſpruch und der Zurücknahme deſſelbe die Vorſchriften über den Verzicht auf die Berufung und über die Zurücknal ſelben entſprechende Anwendung.

§§ 475, 476.

1. **Die Zurücknahme des an ſich zuläſſigen Einſpruches hat** nach Abſ. 3 vgl. mit § 311 C. P. O. **die Wirkung eines Verzichtes Einſpruch,** ſodaß eben dieſes Verzichtes wegen der Einſpruch dar während der nach § 304 C. P. O. mit der Zuſtellung beginnende rechtswirkſam nicht erneuert eingelegt werden kann. (R. G. 7. R. C. IX. (121.) 421. A. VII. (150.) 481.

2. **Die Erklärung, daß ein Einſpruch, deſſen Statthaftigkeit vom wegen noch nicht erfolgter Zuſtellung des Urtheiles beſtritten war, Vorbehalt der Einlegung eines neuen Einſpruches zurückgezogen wer hält keine Zurücknahme des Einſpruches.** Hiernach würde die E erklärung, Einſpruch einzulegen, nur in der Form, in welcher ſprünglich abgegeben worden war, zurückgenommen, nicht aber dieſe E erklärung ſelbſt, da zugleich gegen die Annahme eines Verzichtes Einſpruch durch den ausgeſprochenen Vorbehalt ausdrückliche Verw eingelegt und der Willen kundgegeben wurde, rechtzeitig einen Einſpruch einzulegen. Als eine Zurücknahme im Sinne der §§ 3 476 C. P. O. kann nur eine Erklärung aufgefaßt werden, welch Verzicht auf das Rechtsmittel bezw. den Einſpruch involvirt. es dagegen offenſichtlich, daß ein ſolcher Verzicht nicht erklärt wollte, daß vielmehr beabſichtigt war, es in betreff der gegen d gelegten Einſpruch erhobenen formellen Bedenken nicht auf die E dung des Gerichtes ankommen zu laſſen. (R. G. 17. I. 83.) IX. (121.) 424. A. VII. (150.) 484. 485.

3. **Die Einlegung des Einſpruchs nach der Verkündung, aber Zuſtellung des Urtheils iſt zuläſſig** und die Zurücknahme des an läſſigen Einſpruchs hat daher nach § 476 Abſ. 3 vgl. mit § 3 C. P. O. auch die Wirkung eines Verzichts auf den Einſpruch, eben dieſes Verzichts wegen der Einſpruch dann auch während d § 304 der C. P. O. mit der Zuſtellung beginnenden Friſt rechts nicht erneut eingelegt werden kann. Urtheil des Reichsge v. 17. Jan. 1883. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 351 S. 467.

Beſondere Fälle.

§ 312.

§ 312.

Die Vorſchriften dieſes Titels finden auf das Verfahren, welches eine W oder die Beſtimmung des Betrags eines dem Grunde nach bereits feſtgeſtellten A zum Gegenſtande hat, entſprechende Anwendung.

War ein Termin lediglich zur Verhandlung über einen Zwiſchenſtreit ſo beſchränkt ſich das Verſäumnißverfahren und das Verſäumnißurtheil auf digung dieſes Zwiſchenſtreits. Die Vorſchriften dieſes Titels finden entſprech wendung.

§ 275.

Digitized by Google

Vierter Titel.

ereitendes Verfahren in Rechnungssachen, Aus- einandersetzungen und ähnlichen Prozessen. (§§ 313—319.)

§ 313. § 313.

ellt sich in Prozessen, welche die Richtigkeit einer Rechnung, eine Vermögens- derſetzung oder ähnliche Verhältnisse zum Gegenstande haben, eine erhebliche streitigen Ansprüchen oder von streitigen Erinnerungen gegen eine Rechnung n ein Inventar heraus, so kann das Prozeßgericht ein vorbereitendes Ver- or einem beauftragten Richter anordnen.

151, 171, 207, 261, 264 Abs. 2, 539.

Bei der Berechnung der Prozeßgebühr ist der Werth des Streit- ndes zur Zeit des vorbereitenden Verfahrens auch dann zu Grunde , wenn der Berufungskläger seine Berufung oder die vorher ange- n Anträge bei der mündlichen Verhandlung der Berufung beschränkt. Beschluß des II. Civilsenates vom 5. Juni 1885 in Sachen Na. Beschw.-Rep. II. 77/185.) (R. G. 14. I. 87.) R. C. XVII. 74 f.

§ 314. § 314.

i der Verkündung des Beschlusses, durch welchen das vorbereitende Verfahren et wird, ist durch den Vorsitzenden der beauftragte Richter zu bezeichnen und in zur Erledigung des Beschlusses zu bestimmen. Ist die Terminsbestimmung ben, so erfolgt sie durch den beauftragten Richter; wird dieser verhindert, den zu vollziehen, so ernennt der Vorsitzende ein anderes Mitglied.

250.

§ 315. § 315.

dem vorbereitenden Verfahren ist zu Protokoll festzustellen:

. welche Ansprüche erhoben und welche Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend gemacht werden;

. welche Ansprüche und welche Angriffs- und Vertheidigungsmittel streitig oder unstreitig sind;

. in Ansehung der bestrittenen Ansprüche und der bestrittenen Angriffs- und Vertheidigungsmittel das Sachverhältniß nebst den von den Parteien be- zeichneten Beweismitteln, den geltend gemachten Beweiseinreden, den abge- gebenen Erklärungen über Beweismittel und Beweiseinreden und den ge- stellten Anträgen.

s Verfahren richtet sich nach den Vorschriften, welche zur Anwendung kommen wenn der Rechtsstreit vor einem Amtsgerichte anhängig wäre; dasselbe ist en, bis der Rechtsstreit selbst oder ein Zwischenstreit zur Erlassung eines Ur- r eines Beweisbeschlusses reif erscheint.

319 Abs. 2.

§ 316. § 316.

scheint eine Partei in einem Termine vor dem beauftragten Richter nicht, so das Vorbringen der erschienenen Partei in Gemäßheit der Bestimmungen ehenden Paragraphen zu Protokoll festzustellen und einen neuen Termin an- nen. Die nicht erschienene Partei ist zu dem neuen Termine unter Mittheilung schrift des Protokolls zu laden.

scheint die Partei auch in dem neuen Termine nicht, so gelten die in dem zu- Protokolle enthaltenen thatsächlichen Behauptungen des Gegners als zugestanden as vorbereitende Verfahren bezüglich derselben nicht weiter fortzusetzen.

195. Ger. K. G. § 20. R. A. G. O. § 16.

Digitized by Google

§ 317.

§ 317.

Nach dem Schlusse des vorbereitenden Verfahrens ist der Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen.

§ 318.

§ 318.

Bei der mündlichen Verhandlung haben die Parteien das Ergebniß des vorbereitenden Verfahrens auf Grund des Protokolls vorzutragen.

Ist eine Partei nicht erschienen, so sind Ansprüche, welche sich in dem vorbereitenden Verfahren als unstreitig ergeben haben, durch Theilurtheil zu erledigen. Im Uebrigen ist auf Antrag ein Versäumnißurtheil zu erlassen.

§§ 273, 274.

§ 319.

§ 319.

Eine vor dem beauftragten Richter unterbliebene oder verweigerte Erklärung über Thatsachen, Urkunden oder Eideszuschiebungen kann in der mündlichen Verhandlung nicht mehr nachgeholt werden. Erklärungen einer vor dem beauftragten Richter erschienenen Partei sind nur insoweit als unterblieben anzusehen, als die Partei von dem Richter zur Abgabe einer Erklärung aufgefordert worden ist.

Ansprüche, Angriffs- und Vertheidigungsmittel, Beweismittel und Beweiseinreden, welche zum Protokolle des beauftragten Richters nicht festgestellt sind, können in der mündlichen Verhandlung nur geltend gemacht werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß dieselben erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden seien.

§§ 299, 491, 493.

1. **Die nach § 319 der C. P. O. eintretende Präklusion wirkt für die Berufungs-Instanz nicht.** (Seuffert, Komm. Aufl. 2. Anm. 4 zu § 319.) Urtheil des O. L. G. zu Hamburg v. 12. Juli 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 67 S. 104.

Fünfter Titel.

Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

(§§ 320—335.)

§ 320.

§ 320.

Die Beweisaufnahme erfolgt vor dem Prozeßgerichte. Sie ist nur in den durch dieses Gesetz bestimmten Fällen einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte zu übertragen.

Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen die eine oder die andere Art der Beweisaufnahme angeordnet wird, findet nicht statt.

Abs. 1. Ausnahmen: §§ 337, 340, 367, 370, 399, 441.

1. **Beweisaufnahme;** Begriff. s. bei § 280 ad R. C. XIV. (107.) 379. ff.

2. Unter „**anderen Gerichten**" sind nur Gerichte des Deutschen Reichs zu verstehen. (R. G. 8. V. 80.) S. hierüber bei § 328 ad A. II. (41.) 207.

3. **Es bildet keinen Revisionsgrund, wenn das Berufungsgericht einen in der ersten Instanz selbst vernommenen und für unglaubwürdig erachteten Zeugen durch einen ersuchten Richter abhören läßt und ihn für glaubwürdig hält.** (R. G. 28. XII. 81.) S. hierüber bei § 488 ad A. V. (44.) 202. 203.

4. **Anfechtbarkeit von Beweisaufnahmebeschlüssen.** Der § 320 C. P. O. faßt drei Sätze in sich, deren erster als Regel aufstellt: „Die Beweisaufnahme erfolgt vor dem Prozeßgerichte." Der zweite Satz lautet: „Sie ist nur in den durch dieses Gesetz bestimmten Fällen einem

Digitized by Google

Mitgliede des Prozeßgerichtes oder einem anderen Gerichte zu übertragen"; der dritte Satz: „Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen die eine oder die andere Art der Beweisaufnahme angeordnet wird, findet nicht statt." Allerdings ist die Tragweite der im dritten Satze getroffenen Bestimmung nicht außer Zweifel. Vor allem fragt es sich, welche Arten der Beweisaufnahme gemeint seien. Zuvor werden drei Arten erwähnt; die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte (erster Satz), die vor einem Mitgliede des Prozeßgerichtes und die vor einem anderen Gerichte (zweiter Satz). Einige Ausleger der Civilprozeßordnung vertreten die zuweilen auch von Gerichten gebilligte Ansicht, daß der dritte Satz des § 320 a. a. O. nur die in dem unmittelbar vorangehenden Satze gedachten zwei Arten der Beweisaufnahme vor Augen hat, also nur diejenigen Beschlüsse der Anfechtung entzieht, welche das Prozeßgericht im Ausnahmefall darüber faßt, ob die Beweisaufnahme einem seiner Mitglieder oder einem anderen Gerichte zu übertragen sei. Einer so strengen Auslegung stehen indessen erhebliche Bedenken entgegen. Nach dem Dafürhalten des Reichsgerichts ist die Vorschrift des dritten Satzes mit auf den ersten Satz, sonach mindestens noch auf solche prozeßgerichtliche Beschlüsse zu beziehen, welche entscheiden, ob von der gesetzlichen Ermächtigung zur Betrauung eines anderen Richters mit der Beweisaufnahme Gebrauch zu machen sei oder nicht. Dafür spricht zunächst der Wortlaut. Die allgemeine Fassung des dritten Satzes begreift jede der in dem § 320 a. a. O. bezeichneten Arten der Beweisaufnahme in sich. Sodann darf die äußere Form des Gesetzes nicht unberücksichtigt bleiben. Der § 320 a. a. O. ist in zwei Abschnitte zerlegt; der erste und zweite Satz bildet den ersten, der dritte Satz den zweiten Abschnitt. Hätte der dritte Satz nicht für den ganzen ersten Abschnitt, sondern bloß für den zweiten Satz gelten sollen, so wäre eine andere Eintheilung (die Trennung des ersten Satzes vom zweiten, die Vereinigung des zweiten und dritten Satzes zu einem Abschnitte) erforderlich gewesen. Die obige enge Auslegung des dritten Satzes stützt sich in der Hauptsache auf die Motive, welche (S. 243) die fragliche Vorschrift, wie folgt, erläutern: „Insoweit der Entwurf ausnahmsweise gestattet, daß die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgerichte selbst, sondern vor einem Mitgliede desselben oder vor einem anderen Gerichte stattfinde, hat das Prozeßgericht im einzelnen Falle zu ermessen, ob die eine oder andere Art der Beweisaufnahme anzuordnen sei; die hierüber vom Prozeßgerichte erlassene Verfügung kann von den Parteien nicht angefochten werden, weil sie vom diskretionären Ermessen des Gerichtes abhängig ist." Diese Bemerkung beseitigt aber den obwaltenden Zweifel nicht. Denn hier ist abermals von der „einen oder anderen Art der Beweisaufnahme" die Rede in einer Satzverbindung, welche nicht sicher erkennen läßt, ob damit nur die Beweisaufnahme vor beauftragtem Gerichtsmitgliede und ersuchtem Gerichte oder auch die zuvor gleichfalls berührte Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte bezeichnet werden sollte. Hinzukommt, daß der Grund der Anfechtungsbeschränkung, dessen die Motive gedenken, nicht allein für die Wahl zwischen den beiden Beweisaufnahmearten des zweiten Satzes von § 320 a. a. O., sondern auch in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle für die Beantwortung der Vorfrage zutrifft, ob die Regel des ersten Satzes zu befolgen oder nicht zu

Digitized by Google

befolgen sei. Die Civilprozeßordnung hat die Nichtanwendung der S
lediglich für einzelne besondere Fälle schlechthin geboten (§ 340 Ab
§§ 347. 441 Abs. 2), im übrigen dagegen dem freien Ermessen
Prozeßgerichtes überlassen, und zwar bei dem Beweise durch Augens
ohne alle Einschränkung (§ 337 Abs. 2 a. a. O.), bei den anderen
weismitteln unter bestimmten Voraussetzungen (§ 340 Abs. 1. §
370. 399. 441 Abs. 1 a. a. O.). Sonach bietet die angezogene G
der Motive an und für sich betrachtet keinen zuverlässigen Anhalt
die Erklärung des Gesetzes. Wohl aber kann dazu die beigefügte Pa
these dienen. Inhalts derselben ist § 320 C. P. O. anderen G
gebungen nachgebildet worden, von denen namentlich folgende in Bet
gelangen: art. 423 der württ. C. P. O. enthält vier Sätze, d
erster mit dem ersten Satze des § 320 übereinstimmt; der zweite
gibt dem Sinne nach die gleiche Vorschrift, wie der zweite Satz
§ 320; der dritte Satz regelt das Verfahren im Falle der Beweis
nahmeübertragung; der vierte Satz lautet: „Gegen die richterliche
fügung, welche die eine oder andere der in diesem Art
bezeichneten Arten der Beweisaufnahme anordnet, ist ein Re
mittel nicht statthaft". Der § 224 allg. bürgerl. C. P. O. für
nover bestimmt: „Die Beweisaufnahme erfolgt regelmäßig in der Sit
des Prozeßgerichtes, ausnahmsweise nach Anleitung der für die einz
Beweismittel ertheilten Vorschriften vor einem Mitgliede des Proze
richtes oder einem Amtsgerichte (bezw. einem auswärtigen Geri
Gegen die richterliche Verfügung, welche die Art und Weise
Aufnahme der einzelnen Beweismittel bestimmt, findet
Rechtsmittel statt". Der art. 144 des oldenburgischen Gesetzes,
bürgerlichen Prozeß betreffend, zerfällt in fünf Paragraphen, von d
§§ 1. 2. im wesentlichen dem ersten Abschnitte des § 320 C. P.
entsprechen; § 3 handelt von der Oeffentlichkeit der außerhalb des
richtslokales erfolgenden Beweisaufnahme; § 4 schreibt vor: „G
die Verfügung, welche die Art und Weise der Aufnahme
Beweises bestimmt, findet ein Rechtsmittel nicht statt." Der §
des hannover'schen Entwurfes einer allgemeinen Civilprozeßordnung
die deutschen Bundesstaaten (zweiter Lesung) ist in den beiden e
Sätzen wörtlich so gefaßt, wie art. 423 württ. C. P. O. Der d
Satz besagt: „Gegen die richterliche Verfügung, welche die eine o
die andere der in diesem Paragraphen bezeichneten Ar
der Beweisaufnahme anordnet, ist ein Rechtsmittel nicht zuläs
Der § 477 des Entwurfes einer Civilprozeßordnung für den Norddeut
Bund weicht lediglich in der Fassung des zweiten Satzes von §
C. P. O. ab. Der zweite Satz hat folgenden Wortlaut: „Sie ist
in den durch dieses Gesetzbuch bestimmten Fällen und nur einem
gliede des Prozeßgerichtes oder einem Amtsgerichte zu übertragen."
alledem ergibt sich sehr klar, daß die Schlußvorschrift des § 320 C. P
ganz denselben Grundsatz aufstellen sollte, welchen die neueren Pr
gesetze von Württemberg, Hannover und Oldenburg, sowie der hannove
Entwurf völlig unzweideutig, der norddeutsche Entwurf aber wenig
nahezu so deutlich ausgedrückt haben: den Grundsatz der **Unanfechtba
sämmtlicher Anordnungen hinsichtlich der Art der Beweisaufna**

Digitized by Google

ls insoweit, als sie von dem Ermessen des Gerichtes abhängen. In Sinne ist endlich auch die mehrerwähnte Vorschrift bei den Kom- sberathungen aufgefaßt worden. Gelegentlich der Berathung des C. P. O. betonte der Vertreter der Regierungen wiederholt S. 680. 681), daß § 310 des Entwurfes (§ 320 C. P. O.) Beschlüsse, welche die Aufnahme des Zeugenbeweises vor dem Pro- ichte anordnen, obwohl es im Belieben des Gerichtes stand, eine Art der Zeugenvernehmung zu bestimmen, Rechtsmittel nicht ge- ; und hiergegen wurde kein Widerspruch erhoben. Ebenso verhält mit den dem § 441 Abs. 1 C. P. O. zu unterstellenden Be- n. **Der in großer Entfernung von dem Sitze des Prozeßgerichtes de Schwurpflichtige hat keinen Anspruch darauf, daß ihm der Eid m Gerichte seines Wohnortes abgenommen werde. Das Prozeßgericht " solchenfalls das auswärtige Gericht um die Eidesabnahme ersuchen, ber hiervon absehen, wenn die Eidesabnahme vor dem Prozeßgerichte ründen der Zweckmäßigkeit rathsam erscheint.** Die Entscheidung der näßigkeitsfrage beruht allein auf dem Ermessen des Prozeßgerichtes, egt daher nicht oberrichtlicher Nachprüfung. Da es sich gegen- nur um die Zweckmäßigkeit des angegriffenen Beschlusses , so ist kein Anlaß gegeben, zu erörtern, ob der dritte Satz des a. a. O. noch weiter, als im vorstehenden geschehen, ausgelegt darf, insbesondere ob danach, wie mehrere Kommentatoren be- n, selbst solche Beschlüsse für unanfechtbar zu achten sind, welche hungen von der Regel des ersten Satzes verfügen, obgleich die chen Vorbedingungen dazu fehlen, nicht minder solche Beschlüsse, in Fällen, wo das Gesetz die Beweisaufnahme vor dem Prozeß- schlechthin untersagt, letztere dennoch anordnen. (R. G. 12. II. R. C. XI. (97.) 377—381. A. IX. (109.) 442—446. S. A. 9 bezw. 9 Nr. 344 S. 473—475.

Rechtsanwaltsgebührenordnung.

. **Die Beweisgebühr des § 13 Nr. 4 Geb.-O. für Rechtsanwälte ist adurch bedingt, daß eine Beweisaufnahme stattgefunden hat, und daß nwalt in dem Beweiserhebungstermine anwesend gewesen ist. Aber zum mindesten voraus, daß das Beweisverfahren begonnen und der t in demselben seine Thätigkeit entwickelt hat.** (R. G. 28. XI. 84.) XII. (115.) 393. U. u. A. I. (130.) 207.

§ 321. **§ 321.**

Steht der Aufnahme des Beweises ein Hinderniß von ungewisser Dauer ent- o ist auf Antrag eine Frist zu bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablaufe das nittel nur benutzt werden kann, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird.

§ 322. **§ 322.**

en Parteien ist gestattet, der Beweisaufnahme beizuwohnen.

ie Vorschrift des § 322, wonach den Parteien gestattet ist, der aufnahme beizuwohnen, **gehört nicht zu den allgemeinen Bestimmungen ilprozeßordnung,** welche diese im I. Buche § 1—229 aufführt, ist im II. Buche für das kontradiktorische Verfahren bei Beweis- men gegeben, **kann** daher **für das Offizialverfahren,** z. B. die Nach- ngen in Pflegschaftssachen **nicht als bindend erachtet werden.** (B. 7. VII. 81.) S. IX. (77.) 256.

Digitized by Google

Beweisbeschluß.

§ 323.

§ 323.

Erfordert die Beweisaufnahme ein besonderes Verfahren, so ist dasselbe Beweisbeschluß anzuordnen.

1. **Der Beweisbeschluß hat die Bedeutung einer prozeßleitenden fügung, welche den Zweck hat, die definitive Entscheidung über den erhol Anspruch vorzubereiten.** (Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 3 S. 3 (R. G. 17. II. 82.) R. C. VI. (106.) 355. (R. C. XI. (109.) 4

2. **Der Rechtsanwalt hat keinen Anspruch auf eine Beweisgebühr die Vertretung einer Partei, welche in einem Erbschaftsprozesse durch U urtheil zur Eidrung eines eidlich zu bestärkenden Inventares verurthei und diesen Eid abgeleistet hat.** Nach § 13 Abs. 4 der Gebührenord steht dem Rechtsanwalte eine Beweisgebühr zu: a) für die Vertre in dem Termine zur Leistung des durch ein Urtheil auferlegten E sowie b) für die Vertretung in einem Beweisaufnahmeverfahren. K dieser Fälle liegt hier vor. Unter einem Beweisaufnahmeverfahren (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 10 S. 371) nur ein so verstanden werden, wie es § 323 C. P. O. voraussetzt, d. h. ein fahren, welches durch Beweisbeschluß angeordnet und demnächst in §§ 326—335 C. P. O. verordneten Weise, wenigstens theilweise, erl wird. Davon ist vorliegend keine Rede, da ein Beweisverfahren in di Sinne weder angeordnet ist, noch stattgefunden hat. Aber auch der Fall trifft hier nicht zu. Unter einem durch Urtheil auferlegten Eid Sinne des § 13 Abs. 4 der Gebührenordnung kann nur der durch bedingtes Urtheil auferlegte Eid verstanden werden (vgl. auch die M zur Gebührenordnung S. 37, Drucksachen des Reichstages Nr. 6) nur ein solcher als Theil der Beweisaufnahme angesehen werden und nur hierfür eine Beweisgebühr gerechtfertigt erscheint. Der in Rede stehende Eid bildet keinen Akt der Beweisaufnahme, viel einen integrirenden Theil der Leistung, zu welcher eine Partei das Theilurtheil schuldig erkannt worden ist. (R. G. 22. IX. R. C. XIV. (113.) 394. 395.

§ 324.

§ 324.

Der Beweisbeschluß enthält:

1. die Bezeichnung der streitigen Thatsachen, über welche der Beweis heben ist;
2. die Bezeichnung der Beweismittel unter Benennung der zu vernehm Zeugen und Sachverständigen;
3. die Bezeichnung der Partei, welche sich zum Nachweise oder zur Widerl thatsächlicher Behauptungen auf das Beweismittel berufen hat;
4. die Eidesnorm, wenn die Abnahme eines zugeschobenen oder zurückgescho Eides angeordnet wird.

§ 325.

§ 325.

Vor Erledigung des Beweisbeschlusses kann von keiner Partei eine Aend desselben auf Grund der früheren Verhandlungen beantragt werden.

Digitized by Google

eweisaufnahme durch den beauftragten oder ersuchten Richter.

n den **§§ 326—335** werden die verschiedenen gesetzesgemäßen Weisen weisaufnahmeverfahrens (vor einem Mitgliede des Prozeßgerichtes, nem anderen inländischen Gerichte, vor einer ausländischen Behörde, m Prozeßgerichte selbst) geregelt. Letztere Gesetzesstellen **setzen Beweisbeschluß und die Aufnahme des Beweises in einem anderen e als demjenigen, in welchem dieser Beschluß gefaßt ist, voraus.** andere Termin ist, wenn das Beweisaufnahmeverfahren vor dem gerichte stattfindet, zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Ver- ng unter Verwerthung der Ergebnisse der Beweisaufnahme bestimmt. 29. IX. 83.) R. C. X. (115.) 371. 372.

§ 326. **§ 326.**

oll die Beweisaufnahme durch ein Mitglied des Prozeßgerichts erfolgen, so wird Verkündung des Beweisbeschlusses durch den Vorsitzenden der beauftragte Richter et und der Termin zur Beweisaufnahme bestimmt.
st die Terminsbestimmung unterblieben, so erfolgt sie durch den beauftragten wird derselbe verhindert, den Auftrag zu vollziehen, so ernennt der Vorsitzende eres Mitglied.
§ 194, 294 Abs. 2, 330, 331.

ach §§ 326. 335 hat die Bekanntmachung von dem Beweistermine Parteien von Amts wegen und zwar durch Zustellung zu erfolgen. artei hat nicht nachzuweisen, daß ihr die Bekanntmachung nicht zu- en sei, es muß vielmehr die Zustellung nachgewiesen werden; im l des Nachweises ist anzunehmen, daß die Bekanntmachung nicht ist. (R. G. 8. II. 82.) R. C. VI. (105.) 351. 352. A. V. 281. 282.

§ 327. **§ 327.**

oll die Beweisaufnahme durch ein anderes Gericht erfolgen, so ist das Er- sschreiben von dem Vorsitzenden zu erlassen.
ie auf die Beweisaufnahme sich beziehenden Verhandlungen werden in Urschrift n ersuchten Richter dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts übersendet, welcher teien von dem Eingange benachrichtigt.

nter **„anderes Gericht"**, vor welchem die Beweisaufnahme geschehen ist nur ein Gericht des Deutschen Reiches zu verstehen. Denn d die §§ 326 und 327 das in den Fällen, wo die Beweisauf- durch ein Mitglied des Prozeßgerichtes und durch ein anderes erfolgen soll, zu beobachtende Verfahren ordnen, sind für die Baufnahme im Auslande in den §§ 328 und 329 besondere mungen getroffen, nach welchen die für die Erledigung solcher ungsschreiben oder deren Veranlassung zuständige ausländische de (also nicht nothwendig ein Gericht) oder der betreffende Reichs- l um Aufnahme des Beweises zu ersuchen ist (vgl. Motive S. 245 46), oder auch dem Beweisführer die Besorgung des Ersuchungs- ens und dessen Erledigung überlassen werden kann. Diese Be- ngen, welche die Civilprozeßordnung im fünften Theil des II. Abs. 1 unter §§ 320 ff. enthält, sind allgemeine Bestim- n über die Beweisaufnahme, welche dann in dem sechsten bis

Digitized by Google

zehnten Titel besonderen Vorschriften für die einzelnen Bew
mittel (Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden und Eid) fo
(R. G. 8. V. 80.) R. C. II. (100.) 373.

Im Ausland.

§ 328.

§ 328.

Soll die Beweisaufnahme im Ausland erfolgen, so hat der Vorsitzende d
ständige Behörde um Aufnahme des Beweises zu ersuchen.

Kann die Beweisaufnahme durch einen Reichskonsul erfolgen, so ist das Er
an diesen zu richten.

§§ 334. R. Kons. G. v. 8/11. 67. §§ 20, 22.

Die R. C. P. O. enthält im 5. Titel des II. Buches, Abschn
§ 320 ff. die allgemeinen Bestimmungen über die Beweisaufna
welcher dann in dem 6.—10. Titel die besonderen Vorschriften
die einzelnen Beweismittel (Augenschein, Zeugen, Sachverständige,
kunden und Eid) folgen. Der dann folgende 11. Titel (§§ 440—
bezieht sich speziell auf das Verfahren bei Abnahme von Eiden
zwar — wie seine Stellung und die Motive (Seite 287 und 288
geben — von sämmtlichen, sowohl von den Parteien als
dritten Personen (Zeugen und Sachverständigen) zu leistenden E
Auch für diesen Titel, sowie für die Titel 6—10 gelten aber hinsic
der Beweisaufnahme im Allgemeinen die Bestimmungen des 5. T
Hiernach erfolgt die Beweisaufnahme in der Regel vor dem Pr
gerichte selbst und ist nur in den durch das Gesetz bestimmten F
(vergleiche § 337 Absatz 2, §§ 340, 367, 399 und 441) einem Mitg
des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte zu übertragen (§ 3
Unter diesen „anderen" Gerichten sind aber nur Gerichte des Deutsc
Reiches zu verstehen. Denn während die §§ 326 und 327 das in
Fällen, wo die Beweisaufnahme durch ein Mitglied des Prozeßgeri
und durch ein anderes Gericht erfolgen soll, zu beobachtende Verfa
ordnen, sind für die Beweisaufnahme im Auslande in den §§
und 329 besondere Bestimmungen getroffen, nach welchen die für
Erledigung solcher Ersuchungsschreiben oder deren Veranlassung zustä
ausländische Behörde (also nicht nothwendig ein Gericht) oder de
treffende Reichskonsul um Aufnahme des Beweises zu ersuche
(vergleiche Motive Seite 245 und 246) oder auch dem Beweisführe
Besorgung des Ersuchungsschreibens und dessen Erledigung überl
werden kann. **Auch ist für die von einer ausländischen Behörde
genommene Beweisführung im § 334 bestimmt, daß, wenn sie den für
Prozeßgericht geltenden Gesetzen entspricht, daraus, daß sie nach ausländi
Gesetzen mangelhaft ist, kein Einwand entnommen werden kann, w
sich zugleich der umgekehrte Satz ergibt, daß eine im Auslande vorge
mene Beweisaufnahme auch dann als rechtswirksam anzuerkennen ist,
sie zwar nach den für das Prozeßgericht geltenden Gesetzen mangelha
aber den betreffenden ausländischen Gesetzen entspricht. Diese
allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Art. 85 der Deutschen Wechs
nung entnommene Bestimmung (vergleiche Motive S. 246) bezieht sich
aber auch auf das Verfahren bei Abnahme von Eiden und die b**

Digitized by Google

halb in den §§ 442 bis 446 enthaltenen Vorschriften beziehen sich nur auf Eidesleistungen innerhalb des Deutschen Reiches. Für die im Auslande abgenommenen Eide, mithin auch für die Eide der Parteien, genügt es also, daß entweder die am Orte der Abnahme geltenden Förmlichkeiten beobachtet sind oder daß die Abnahme den inländischen Vorschriften entspricht. (R. G. 8. V. 80.) A. II. (41.) 207. 208. R. C. II. (100) 373. 374.

§ 329. **§ 329.**

Wird eine ausländische Behörde ersucht, den Beweis aufzunehmen, so kann das Gericht anordnen, daß der Beweisführer das Ersuchungsschreiben zu besorgen und die Erledigung des Ersuchens zu betreiben habe.

Das Gericht kann sich auf die Anordnung beschränken, daß der Beweisführer eine den Gesetzen des fremden Staates entsprechende öffentliche Urkunde über die Beweisaufnahme beizubringen habe.

§ 334.

In beiden Fällen ist in dem Beweisbeschlusse eine Frist zu bestimmen, binnen welcher von dem Beweisführer die Urkunde auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen ist. Nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist kann die Urkunde nur benutzt werden, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird.

Der Beweisführer hat den Gegner, wenn möglich, von dem Orte und der Zeit der Beweisaufnahme so zeitig in Kenntniß zu setzen, daß derselbe seine Rechte in geeigneter Weise wahrzunehmen vermag. Ist die Benachrichtigung unterblieben, so hat das Gericht zu ermessen, ob und inwieweit der Beweisführer zur Benutzung der Beweisverhandlung berechtigt sei.

1. **Unterlassung der Benachrichtigung des Gegners von einer im Auslande vorzunehmenden Beweisaufnahme.** Wenn der Richter von der Bestimmung des Abs. 1 keinen Gebrauch gemacht und dem Beweisführer die Beweisaufnahme nicht überlassen hat, so kommt die Vorschrift des Abs. 4 direkt nicht zur Anwendung. Aber auch bei analoger Anwendung dieser Vorschrift würde sie im Falle der Nichtbenachrichtigung des Gegners der Gültigkeit der Beweisaufnahme nicht entgegenstehen. Denn sie ist, wie die Worte „wenn möglich" und die fernere Bestimmung des Abs. 4, daß im Unterlassungsfalle das Gericht zu ermessen hat, ob und inwieweit der Beweisführer zur Benutzung der Beweisverhandlung berechtigt ist, keine absolute. (R. G. 8. V. 80.) R. C. II. (100.) 372.

2. **Die Benutzbarkeit der Beweisverhandlungen ist nicht unbedingt von der Bekanntmachung des Beweistermines an die Parteien abhängig.** (R. G. 8. II. 82.) S. hierüber bei § 332 Abs. 1 ad R. C. VI. (105.) 352. 353.

§ 330. **§ 330.**

Der beauftragte oder ersuchte Richter ist ermächtigt, falls sich später Gründe ergeben, welche die Beweisaufnahme durch ein anderes Gericht sachgemäß erscheinen lassen, dieses Gericht um die Aufnahme des Beweises zu ersuchen. Die Parteien sind von dieser Verfügung in Kenntniß zu setzen.

§ 331. **§ 331.**

Erhebt sich bei der Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter ein Streit, von dessen Erledigung die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängig und zu dessen Entscheidung der Richter nicht berechtigt ist, so erfolgt die Erledigung durch das Prozeßgericht.

Der Termin zur mündlichen Verhandlung über den Zwischenstreit ist von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen.

§§ 207, 365, 370. — §§ 352 ff., 441 Abs. 2.

Digitized by Google

Begriff des „Streites" im Sinne des § 331 der C. P. O. (R. G. 22. XI. 1884.) U. u. A. I. (114.) 182.

§ 332.

§ 332.

Erscheint eine Partei oder erscheinen beide Parteien in dem Termine zur Beweisaufnahme nicht, so ist die Beweisaufnahme gleichwohl insoweit zu bewirken, als dies nach Lage der Sache geschehen kann.

Eine nachträgliche Beweisaufnahme oder eine Vervollständigung der Beweisaufnahme ist bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, auf Antrag anzuordnen, wenn das Verfahren dadurch nicht verzögert wird oder wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, in dem früheren Termine zu erscheinen, und im Falle des Antrags auf Vervollständigung, daß durch ihr Nichterscheinen eine wesentliche Unvollständigkeit der Beweisaufnahme veranlaßt sei.

1. **Der § 332 bezieht sich nicht bloß auf die Beweisaufnahme vor beauftragtem oder ersuchtem Richter.** (R. G. 20. III. 80.) R. C. I. (87.) 239.

2. **Im Termine zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte kann die erschienene Partei gegen die ausgebliebene nicht sofort das Versäumnißurtheil beantragen.** (R. G. 20. III. 80.) R. C. I. (87.) 238—240. (S. hierüber bei § 504 Abs. 2.)

3. **Die Bestimmung des § 332 Abs. 1 C. P. O. ist auf den Fall zu beschränken, daß die Benachrichtigung der ausgebliebenen Partei oder Parteien von dem Termine erfolgt ist.** Ausdrücklich spricht sich die C. P. O. hierüber nicht aus. Nach § 332 Abs. 1 ist, wenn eine Partei oder beide in dem Beweistermine nicht erscheinen, die Beweisaufnahme gleichwohl insoweit zu bewirken, als dies nach Lage der Sache geschehen kann. Eine gleiche Bestimmung fand sich bereits im § 407 des preuß. Entwurfes. Dort war hinzugefügt, daß im Falle des § 405, d. h. wenn der Beweistermin nicht mit dem Beweisbeschlusse vom Richter publizirt ist, vielmehr die betreibungspflichtige Partei den Gegner zum Beweistermine zu laden hat, die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen ꝛc. nur zulässig ist, sofern die Ladung des nicht erschienenen Gegners nachgewiesen wird. Die Fortlassung dieser Bestimmung in der Civilprozeßordnung kann sehr wohl darauf beruhen, daß die Ladung zur Beweisaufnahme nach der C. P. O. überhaupt nicht mehr durch die Parteien erfolgt, für den Fall solcher Ladung also nichts mehr zu bestimmen blieb; sie könnte aber auch ihren Grund darin haben, daß man die Zulässigkeit der Beweisaufnahme nicht von der Ladung der Parteien abhängig machen wollte. Aus der Bestimmung des preußischen Entwurfes ist danach für die Entscheidung der vorliegenden Frage nichts zu entnehmen. An zwei Stellen der C. P. O. ist für besondere Fälle Bestimmung über die Benutzbarkeit von Beweisverhandlungen getroffen, falls eine Partei von dem Beweistermine nicht Kenntniß erhalten hat, bezw. dazu nicht geladen ist. Nach § 329 a. a. O. hat der Beweisführer, wenn ihm die Erledigung eines Beweisbeschlusses im Auslande überlassen ist, den Gegner, wenn möglich, von dem Orte und der Zeit der Beweisaufnahme zeitig in Kenntniß zu setzen. Ist diese Benachrichtigung unterblieben, so hat das Gericht zu ermessen, ob und wie weit der Beweisführer zur Benutzung der Beweisverhandlung berechtigt ist. Nach § 454 a. a. O. ist im Falle der Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises, wenn der Gegner im Ter-

Digitized by Google

nicht erschienen und nicht rechtzeitig geladen ist, der Beweisführer
enutzung der Beweisverhandlungen berechtigt, wenn er glaubhaft
daß ohne sein Verschulden die Ladung unterblieben oder nicht
tig erfolgt ist. In diesen beiden Fällen ist die Benutzbarkeit der
sverhandlungen nicht unbedingt von der Bekanntmachung des Be-
rmines an die Parteien abhängig gemacht. Es scheint jedoch nicht
, aus diesen Fällen zu schließen, daß das Gesetz die Bekanntmachung
ermines an die Parteien überhaupt nicht als Bedingung einer be-
ren Beweisaufnahme angesehen hätte. Die Fälle der §§ 329. 454
O. sind vielmehr so außergewöhnliche, daß aus ihnen ein allge-
Prinzip nicht zu entnehmen ist. Aber selbst für diese außerordent-
Fälle ist in jenen Paragraphen die Benutzung der Beweisverhand-
ohne Bekanntmachung des Termines bezw. ohne Ladung nicht
ein gestattet, sondern nur nach dem Ermessen des Richters durch
a. a. O. und nur bei dem Nachweise, daß die Ladung ohne Ver-
n des Ladenden nicht oder nicht rechtzeitig erfolgt ist (§ 454
.). Die Ausnahmebestimmungen beider Paragraphen lassen darauf
n, daß in anderen gewöhnlichen Fällen die Beweisaufnahme ohne
richtigung der ausgebliebenen Partei von dem Beweistermine vom
eber als nicht zulässig angesehen ist. Dafür spricht aber vor allem,
e Rechte der Parteien, der Beweisaufnahme beizuwohnen (§ 322
O.) und den Zeugen und Sachverständigen Fragen vorlegen zu
(§ 362 a. a. O.), nicht dadurch verloren gehen können, daß die
ch vorgeschriebene Bekanntmachung des Beweistermines an die Par-
unterblieben ist, daß dieser Verlust vielmehr nur an eine Versäum-
r betreffenden Partei geknüpft sein kann. Der § 332 Abs. 1
O. ist daher nur als für den Fall, daß die ausgebliebene Partei
Beweistermine benachrichtigt ist, gegeben anzusehen, und ist darin
h die Anordnung einer Art Versäumnißverfahren zu finden, wofür
och spricht, daß im Abs. 2 eine Art Restitution gegen das Ver-
n des Beweistermines gegeben ist. (R. G. 8. II. 82.) R. C.
05.) 352. 353. A. V. (68.) 282. 283.

. **Rechtsanwaltsgebührenordnung.** Eine Vertretung der Partei durch
nwalt im Beweisaufnahmeverfahren ist als Voraussetzung der nach
Nr. 4 der Gebührenordnung für die Rechtsanwälte vom 7. Juli
dem zum Prozeßbevollmächtigten bestellten Rechtsanwalte zukommen-
eweisgebühr nicht davon abhängig, daß der Anwalt, wenn die Be-
fnahme in der Vernehmung von Zeugen besteht, im Termine zur
rnehmung erscheint. **Der Anspruch des Anwalts auf die Beweis-
ist auch dann anzuerkennen, wenn derselbe es für angemessen hält,
m zugegangenen Ladung zum Zeugenvernehmungstermine nicht zu
chen.** (R. G. 3. VII. 82.) A. VI. (34.) 150. 151. (S. hierüber
14. VI. 84 in A. X. (132.) 515).

§ 333. **§ 333.**

Wird ein neuer Termin zur Beweisaufnahme oder zur Fortsetzung derselben er-
ch, so ist dieser Termin, auch wenn der Beweisführer oder beide Parteien in
iheren Termine nicht erschienen waren, von Amtswegen zu bestimmen.

§ 195, 294 Abs. 3.

**Der § 333 bezieht sich nicht bloß auf die Beweisaufnahme vor beauf-
n oder ersuchtem Richter.** (R. G. 20. III. 80.) R. C. I. (87.) 239.

Digitized by Google

§ 334.

§ 334.

Entspricht die von einer ausländischen Behörde vorgenommene Beweisauf den für das Prozeßgericht geltenden Gesetzen, so kann daraus, daß sie nach de ländischen Gesetzen mangelhaft ist, kein Einwand entnommen werden.

Siehe hierüber bei § 328 S. 540 (R. G. 8. V. 80.) A. II. 207, 208. R. C. II. (100.) 373. 374.

Termin zur mündlichen Verhandlung.

§ 335.

§ 335.

Erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte, so ist der Term welchem die Beweisaufnahme stattfindet, zugleich zur Fortsetzung der mündliche handlung bestimmt.

In dem Beweisbeschlusse, welcher anordnet, daß die Beweisaufnahme vor beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen solle, kann zugleich der Termin zur setzung der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte bestimmt werden dies nicht geschehen, so wird nach Beendigung der Beweisaufnahme dieser Termi Amtswegen bestimmt und den Parteien bekannt gemacht.

Abs. 2 §§ 195, 294 Abs. 3.

1. **Im Termine zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte die erschienene Partei gegen die ausgebliebene nicht sofort das Versäu urtheil beantragen.** (R. G. 20. III. 80.) R. C. I. (87.) 238— (S. hierüber bei § 504 Abs. 2.)

2. **Der auf eine Beweisaufnahme folgende Termin erscheint als neue, für selbständige Geltendmachung aller zu Gebote stehenden R behilfe dienende Tagesfahrt.** Aus dem die R. C. P. O. beherrsch Grundsatze der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit der mündlichen handlung, wonach also das Urtheil sich unmittelbar auf die dem vorangegangene mündliche Verhandlung zu gründen hat, geht hervor, wenn das Gericht auf eine gepflogene Verhandlung noch nicht entsch kann, weil die Aufnahme eines Beweises als nöthig sich herausg hat, in dem späteren, auf die Beweiserhebung folgenden Termin Sache vollständig von Neuem verhandelt werden muß, wenn au Anwesenheit derselben Richter unter Umständen eine Bezugnahme au bei der früheren Verhandlung gemachten Angaben statt umständ Wiederholung derselben für genügend erachtet werden kann. Es dies nicht nur aus obigem Grundsatze, sondern es ist dies auch unm bar im Gesetze selbst bestimmt, indem § 258 der R. C. P. O. vero daß über das Ergebniß der Beweisaufnahme die Parteien „unter legung des Streitverhältnisses" zu verhandeln haben. (Wilmo und Levy, Kommentar S. 152 und 335.) — (B. O. L. 14. XII. S. IX. (263.) 780. 781.

3. **Rechtsanwaltsgebührenordnung. Voraussetzungen, unter welche Rechtsanwalt die Beweisgebühr nach § 13 Nr. 4 und die Erhöhun Verhandlungsgebühr nach § 17 der Gebührenordnung für Rechtsan fordern darf.** Der § 323 C. P. O. verordnet: „Erfordert die Be aufnahme ein besonderes Verfahren, so ist dasselbe durch Beweisbe anzuordnen." Im § 324 a. a. O. wird dann bestimmt, was de weisbeschluß enthält, im § 325 a. a. O., daß dieser Beschluß b seiner Erledigung nicht Gegenstand eines Abänderungsantrages der teien sein kann. In den §§ 326—335 a. a. O. werden die ve denen gesetzesgemäßen Weisen des Beweisaufnahmeverfahrens (vor

Digitized by Google

Mitgliede des Prozeßgerichtes, vor einem anderen inländischen Gerichte, vor einer ausländischen Behörde, vor dem Prozeßgerichte selbst) geregelt. Letztere Gesetzesstellen setzen einen Beweisbeschluß und die Aufnahme des Beweises in einem anderen Termine als demjenigen, in welchem dieser Beschluß gefaßt ist, voraus. Dieser andere Termin ist, wenn das Beweisaufnahmeverfahren vor dem Prozeßgerichte stattfindet, zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung unter Verwerthung der Ergebnisse der Beweisaufnahme bestimmt. Vergegenwärtigt man sich nun 1. den Inhalt der angeführten Bestimmungen der Civilprozeßordnung, 2. daß in dem § 13 Nr. 4 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte nicht von der Vertretung bei einer Beweisaufnahme, sondern von der Vertretung in einem Beweisaufnahmeverfahren gesprochen wird, 3. daß in dem unter § 13 Nr. 4 a. a. O. neben der Vertretung in einem Beweisaufnahmeverfahren geregelten Falle der Vertretung in dem Termine zur Leistung des durch ein Urtheil auferlegten Eides der Termin zur Eidesleistung nothwendig verschieden ist von dem Termine der Fällung des Eidesurtheils, so rechtfertigt sich schon aus diesem Gesetzesinhalte für sich allein der Schluß, es setze der § 13 Nr. 4 a. a. O. in seinem den Gebührensatz für die Vertretung in einem Beweisaufnahmeverfahren regelnden Theile ein besonderes Beweisaufnahmeverfahren im Sinne des § 323 C. P. O. voraus, welches durch Beweisbeschluß angeordnet und demnächst in einer der in den §§ 326—335 C. P. O. verordneten Weise aufgenommen sei, während der § 17 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte (bei dem Erstrecktwerden der Vertretung in den Fällen des § 13 Nr. 4 a. a. O. auf die weitere mündliche Verhandlung) eine Vertretung in einem anderen Termine als demjenigen, in welchem die mündliche Verhandlung zum Beweisbeschlusse geführt hat, voraussetze. Dabei ist allerdings hervorzuheben, daß (da die weitere mündliche Verhandlung im Sinne des § 17 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte oder, wie der § 335 C. P. O. sich ausdrückt, „die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung", im Falle die durch Beweisbeschluß angeordnete Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte erfolgt, sich mit dem besonderen Beweisaufnahmeverfahren in einem und demselben Termine konzentriren kann) in einem solchen Falle dem Rechtsanwalte, welcher die Partei, sowohl in den früheren Stadien des Prozesses, als auch bei dem Beweisaufnahmeverfahren und in der weiteren sich auf die Ergebnisse dieses Verfahrens richtenden mündlichen Verhandlung vertreten hat, die Gebühr, sowohl nach § 13 Nr. 4 als auch nach § 17 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte außer der ihm für den Geschäftsbetrieb und die Information nach § 13 Nr. 1 a. a. O. und für die Vertretung bei der mündlichen Verhandlung in dem früheren Termine, welche zum Beweisbeschlusse führte, nach § 13 Nr. 2 a. a. O. bereits kompetirenden Gebühr zusteht. Mit dem zu den vorgekennzeichneten Normen schon für sich führenden Inhalte der Civilprozeßordnung und Gebührenordnung für Rechtsanwälte verknüpft sich unterstützend a. die Erwägung, daß eine Gebührenerhöhung um einen so erheblichen Betrag sich legislativ nur rechtfertigen läßt durch den in Folge einer Cäsur in dem Prozeßverfahren der bezeichneten Art durchschnittlich anzunehmenden erheblichen Mehraufwand an Zeit und Arbeitsanstrengung seitens des die Partei vertretenden Rechtsanwaltes, b. der Inhalt der Motive zu den (demnächst unverändert ohne Bean-

Digitized by Google

standung jenes Inhaltes in das Gesetz unter gleicher Zifferbeze herüber genommenen) §§ 13. 17 des Entwurfes einer Gebührenо für Rechtsanwälte. In den Motiven zu § 13 Nr. 4 ist namentl Schluß, welcher von dem Abhängen der Nothwendigkeit eines beso Verfahrens der Beweisaufnahme spricht, in Verbindung mit dem des § 323 C. P. O.: „Erfordert die Beweisaufnahme ein beso Verfahren", von Gewicht. — In den Motiven zu den §§ 15— Entwurfes ist der Anschluß der Worte: „Demgemäß kann auch weitere mündliche Verhandlung", an den ersten Satz, und sind fer Ausdrücke: „dem Beweisbeschlusse vorausgegangenen mündlichen B lung", „dem Beweisaufnahmeverfahren nachfolgenden Verhandlung zeigend dafür, daß bei der Redaktion des Gesetzentwurfes den betre Bestimmungen desselben derjenige Sinn beigelegt ist, welcher oben Sinn der entsprechenden Bestimmungen des Gesetzes klargelegt ist. (R. G. 29. IX. 83.) R. C. X. (115.) 370—373. A. (117.) 437—443.

4. **Der § 17 G. O. f. R. A. setzt allerdings voraus, daß ein Beweisau verfahren oder ein Termin zur Eidesleistung vorausgegangen ist und a eine weitere mündliche Verhandlung sich anschließt** (vgl. R. C. X. (115. **allein es fehlt an jedem Anhaltspunkte für die Annahme, daß der die bei dieser letzteren vertretende Anwalt die erhöhte Verhandlungsg nur dann zu fordern berechtigt sei, wenn er die Partei auch im aufnahmeverfahren ꝛc. vertreten und folgeweise Anspruch auf die Ziff. 4 normirte Beweisgebühr habe.** Aus dem in § 25 b bührenordnung für Rechtsanwälte aufgestellten Prinzip, daß der jede der in § 13 a. a. O. benannten Gebühren in jeder Instan sichtlich eines jeden Theiles des Streitgegenstandes nur einmal beans kann, und aus dem in § 29 daselbst ausgesprochenen Satze, daß § 13 a. a. O. benannten Gebühren die gesammte Thätigkeit d waltes von dem Auftrage bis zur Beendigung der Instanz u würde folgen, daß der Anwalt, welcher die in § 13 Ziff. 2 b Gebühr für die mündliche Verhandlung bezogen hat, für die mündliche Verhandlung, welche einem Beweisaufnahmeverfahren sic schlossen hat, eine Gebühr nicht beanspruchen könnte. Das hat der geber, wie auch in den Motiven hervorgehoben wird, mit Rücks den Mehraufwand an Zeit und Mühe, welcher durch die Vertre einer solchen weiteren Verhandlung entsteht, nicht für gerechtfertigt e und es ist deßhalb die Bestimmung in § 17 a. a. O. aufgen wonach in allen Fällen, wo derselbe Anwalt eine Partei sowohl einer Beweisaufnahme vorausgegangenen, als auch bei einer d nachfolgenden mündlichen Verhandlung vertreten hat, diesem eine 1 Verhandlungsgebühr zustehen soll. Die erhöhte Verhandlungsgebi also eine Vergütung für den Mehraufwand von Zeit und Müh welcher für den Anwalt durch die an eine Beweisaufnahme sich anschl Verhandlung entsteht. Unerfindlich aber ist es, wie für diese es die Voraussetzung sein könnte, daß der Anwalt die Partei Beweisaufnahmeverfahren vertreten und Anspruch auf die in § 13 normirte Beweisgebühr, welche eine Vergütung für die Thätigk Anwaltes im Beweisaufnahmeverfahren bildet, habe. Diese m

Digitized by Google

Zwecke des Gesetzes in Widerspruch stehende Auffassung findet aber auch in dem Wortlaute des § 17 a. a. O. keine Unterstützung. Die Worte: „Insoweit sich in den Fällen des § 13 Ziff. 4 die Vertretung auf die weitere mündliche Verhandlung erstreckt", nöthigen nicht zu der Annahme, daß eine Vertretung in den Fällen des § 13 Ziff. 4 stattgefunden haben müsse, sondern sind dahin zu verstehen: wenn ein Beweisaufnahmeverfahren oder ein Termin zur Leistung eines durch Urtheil auferlegten Eides stattgefunden hat und die bisherige Vertretung der Partei auch auf die der Beweisaufnahme 2c. sich anschließende mündliche Verhandlung sich erstreckt, so erhöht sich die dem Rechtsanwalte, welcher die Partei in der Instanz bisher vertreten hat, zustehende Verhandlungsgebühr um fünf Zehntel der Sätze des § 9 a. a. O. (R. G. 26. X. 83.) A. VIII. (140.) 512. 513. R. C. X. (117.) 377. 378.

5. **Die anderthalbfache Verhandlungsgebühr** (Verhandlungs- und Schlußverhandlungsgebühr) der §§ 13 Nr. 2 und 17 bezw. 13 Nr. 4 und 17 der Geb. O. für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 **tritt ein, wenn derselbe Anwalt eine Partei entweder bei einer der Beweisaufnahme vorangehenden oder einer dieser nachfolgenden Verhandlung vertreten hat.** In § 13 der Geb. O. für Rechtsanwälte sind die vier Arten von Bauschgebühren, welche dem als Prozeßbevollmächtigten bestellten Rechtsanwalte zustehen, benannt und ist zugleich der Normalbetrag dieser Gebühren bestimmt. Die folgenden §§ 14—18 a. a. O. sind, wie die Motive aussprechen, als Modifikationen der Vorschriften des § 13 zu betrachten, d. h. sie bestimmen, wie sich in besonderen Fällen die Normalgebühr erniedrigt oder erhöht. In dieser Weise bestimmt § 17 a. a. O., daß, insoweit sich in den Fällen des § 13 Nr. 4, d. h. nach einer Beweisaufnahme oder Leistung eines durch Urtheil auferlegten Eides, die Vertretung auf die weitere Verhandlung erstrecke, die Verhandlungsgebühr sich um die Hälfte erhöhe. Hiermit soll, wie die Motive zu § 17 außer Zweifel setzen, gesagt sein, daß in allen Fällen, wo derselbe Anwalt eine Partei sowohl bei einer der Beweisaufnahme vorausgegangenen, als bei einer derselben nachfolgenden Verhandlung vertreten hat, ihm die erhöhte, $1^1/_2$fache Verhandlungsgebühr zustehen solle. Der Grund, warum das Gesetz diese Gebührenerhöhung eintreten läßt, ist, wie aus den Motiven gleichfalls zu entnehmen ist, darin zu finden, daß in Folge der Beweisaufnahme die Sache, wenigstens der Regel nach, in ein neues verändertes Stadium tritt, in welchem neue Gesichtspunkte auftreten und zu würdigen sind. Wenn nun § 25 a. a. O. bestimmt, daß jede der im § 13 benannten Gebühren in jeder Instanz rücksichtlich eines jeden Theiles des Streitgegenstandes nur einmal beansprucht werden könne, und in § 29 a. a. O. erklärt ist, daß die in § 13 benannten Gebühren die gesammte Thätigkeit des Rechtsanwalts von dem Auftrage bis zur Beendigung der Instanz umfassen, so hat das Gesetz hierbei nicht bloß die Normalgebühr, welche § 13 bestimmt, im Auge, sondern auch die Modifikationen derselben, welche die §§ 14—18 enthalten. Es erscheint dies selbstverständlich, wenn das Gesetz nicht mit seinen eigenen Bestimmungen in Widerspruch gerathen soll, ist übrigens, wie Völk in seinem Kommentar zur Anwaltsgebührenordnung zu § 25 anführt, betreffs des § 17 a. a. O. bei der Kommissionsberathung ausdrücklich anerkannt

Digitized by Google

worden. Anders ist es jedoch mit der Gebühr für die Vertretung bei der Eidesleistung. **Die Vertretung bei der Leistung eines durch bedingtes Endurtheil auferlegten Eides rechtfertigt keine besondere Gebühr.** (§§ 13 Nr. 4; 25; 29.) Wenn in § 13 Nr. 4 a. a. O. neben dem Beweisaufnahmeverfahren auch noch von der Leistung des durch Urtheil auferlegten Eides die Rede ist, so geschieht es nur, um diese Eidesleistung einer Beweisaufnahme gleichzustellen und keinen Zweifel darüber zu lassen, daß sie ebenso, wie die Eidesleistung auf Grund eines Beweisbeschlusses, die Beweisgebühr begründe; keineswegs aber ist es der Wille des Gesetzes, daß fragliche Eidesleistung eine besondere Beweisgebühr begründen solle, so daß also bei Konkurrenz einer gewöhnlichen Beweisaufnahme und einer Eidesleistung auf Grund Urtheils zwei Beweisgebühren in Ansatz zu kommen hätten. (R. G. 6. IV. 83.) A. VII. (181.) 585. 586. R. C. IX. (96.) 331—333.

6. **Der seine eigenen Angelegenheiten betreibende Rechtsanwalt kann auch für den Termin zur Leistung eines ihm durch Urtheil auferlegten Eides die Beweisgebühr nach § 13 Ziff. 4 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte von dem zur Erstattung der Kosten verpflichteten Gegner fordern.** (R. G. 26. X. 83.) S. hierüber bei § 74 Abs. 3 ad R. C. X. (117.) 375—377. A. VIII. (140.) 511. 512.

Sechster Titel.

Beweis durch Augenschein.

Beweisantretung.

§ 336.

§ 336.

Die Antretung des Beweises durch Augenschein erfolgt durch die Bezeichnung des Gegenstandes des Augenscheins und durch die Angabe der zu beweisenden Thatsachen.

§§ 136, 146 Nr. 4, 255, 321.

Beweisaufnahme.

§ 337.

§ 337.

Das Prozeßgericht kann anordnen, daß bei der Einnahme des Augenscheins ein oder mehrere Sachverständige zuzuziehen seien.

Es kann einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte die Einnahme des Augenscheins übertragen, auch die Ernennung der zuzuziehenden Sachverständigen überlassen.

§§ 135, 146 Nr. 4.

1. Ueber **„anderes Gericht"** s. § 327 ad R. C. II. (100.) 373.

2. Unter Gerichte sind nur diejenigen des Deutschen Reichs zu verstehen. Entsch. v. 8/5. 80.

Siebenter Titel.

Zeugenbeweis (§§ 338—366.)

1. Beweisantretung.

§ 338.

§ 338.

Die Antretung des Zeugenbeweises erfolgt durch die Benennung der Zeugen und die Bezeichnung der Thatsachen, über welche die Vernehmung der Zeugen stattfinden soll.

Einf. G. § 14 Nr. 2.

Digitized by Google

1. **Wer nach Veräußerung des Streitgegenstands aus dem Rechtsstreit mit Einwilligung des Gegners ausscheidet, kann als Zeuge in diesem Rechtsstreit vernommen werden.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 10. April 1883. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 352 S. 467.

2. **Der Direktor einer Aktiengesellschaft, welcher dieselbe im Prozesse vertritt, kann über die im Prozesse streitige Thatsache nicht als Zeuge gehört werden.** Der Zeuge muß eine dritte Person sein, welche über ihre Wahrnehmungen betreffs der streitigen Thatsachen Auskunft gibt. — Wenn hiergegen geltend gemacht werden will, daß nicht der Direktor, sondern die Aktiengesellschaft, welcher das Recht der Persönlichkeit zukomme, Partei sei, so wird dabei übersehen, daß diese (ideelle) Person, um sich nach außen geltend zu machen, eines Vertreters bedarf, welcher sie in ihrem rechtlichen Auftreten darstellt. Dies ist aber nach Art 227 ff. H. G. B. der Vorstand, und muß hierbei besonderes Gewicht darauf gelegt werden, daß durch diesen die Eide namens der Gesellschaft zu leisten sind. Daraus allein folgt schon, daß derselbe nicht zugleich Zeuge sein kann, denn es ist rechtlich undenkbar, daß dieselbe Person betreffs der gleichen Thatsache, über welche ihr ein Parteieid zu- oder (wie im vorliegenden Falle möglich wäre) zurückgeschoben werden kann, zugleich auch als Zeuge vernommen werde. Es würde auf diese Weise dem bei der Abfassung der Prozeßordnung bestimmt abgelehnten Grundsatze, daß die Parteien nicht als Zeugen gehört werden sollen, Eingang verschafft werden, — wenigstens für alle die Fälle, in welchen die Partei, weil sie nicht selbst im Prozesse auftreten kann, solchen mittelst eines gesetzlichen Vertreters führt. Hieran vermag der betonte Grundsatz der freien Beweiswürdigung nichts zu ändern. Denn diese kann nur zulässigen Beweismitteln gegenüber eintreten. An dem Satze, daß derjenige, von welchem ein Parteieid zu leisten wäre, nicht auch als Zeuge gehört werden könne, ändert die wiederholt angerufene Bestimmung im § 350 Ziffer 4 C. P. O. nicht nur nichts, sondern bestätigt ihn vielmehr. Dieselbe beruht nämlich, wie sich aus den Motiven und den Kommissionsarbeiten ergibt, auf der Bestimmung des § 414, wonach der Eid nur der Partei, nicht einem Dritten zu- oder zurückgeschoben werden kann, darf also offenbar nicht auf solche Vertreter einer Partei bezogen werden, welche einen dieser zu- oder zurückgeschobenen Eid für dieselbe zu leisten haben, sondern vielmehr nur auf ehemalige Vertreter, welche nach den verschiedenen früheren Prozeßgesetzen im Wege der Adcitation (z. B. § 123 der badischen Prozeßordnung) oder der Streitverkündung behufs der Eideszuschiebung an sie in den Prozeß gezogen werden konnten. (R. G. 1. X. 80.) R. C. II. (112.) 400. 401. A. II. (118.) 508. 509. S. auch Entsch. des R. G. vom 15. Dezember 1886 in R. C. XVII. (91.) 365, wo entschieden, daß bei einer in Liquidation befindlichen Gesellschaft auch ein Gesellschafter, der nicht Liquidator ist, nicht als Zeuge vernommen werden dürfe.

3. **Vorstandsmitglieder einer eingetragenen Genossenschaft können in Prozessen der Genossenschaft nicht als Zeugen vernommen werden.** Allerdings möchte ein allgemeiner Satz des Inhalts kaum zutreffend sein, daß, weil die Handlungen des Vertreters einer nicht prozeßfähigen Partei, insbesondere die des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft,

Digitized by Google

als Handlungen der Partei gelten, überall, wo von der Stellung
bestimmten Person als Partei das Gesetz Rechtsfolgen abhängig
als solche Person der Vertreter, namentlich wenn die vertretene P
nur kraft solcher Vertretung besteht, in Betracht kommen. Allein dur
zutreffend ist es, daß diejenigen Personen, deren Eidesleistungen
gesetzlicher Anordnung als Eidesleistungen der Partei gelten, nicht zu
in dem betreffenden Prozeß der Partei als auskunftspflichtige Dritt
gesehen werden können. Mit voller Absichtlichkeit ist bei der Herste
der C. P. O. es unterlassen worden, die Partei durch Auferlegung
umfassenden Auskunftspflicht unter Eideszwang zu einem Mittel der
forschung materieller Wahrheit zu machen (vgl. Motive von 1874 S.
und es ist bei dem Parteieneid geblieben. Es ist daher in das Ge
der Partei gelegt, ob sie nach dem, was sie über den Sachverhalt
sich im Stande erachtet, über von der Gegenpartei oder vom Richte
stimmt formulirte Thatsachen einen Eid zu leisten. Wenn nun für
sonen, die nicht selbst zur Eidesleistung fähig sind, das Gesetz eine
tretung schafft, vermöge deren das Verhalten bestimmter physischer
sonen in Bezug auf die Eidespflicht der vertretenen als deren Verh
gilt, so würde der Zweck dieser Vertretung vereitelt werden, wenn
diese Vertreter doch als auskunftspflichtige Zeugen behandeln wollte
diesem Sinn hat auch bereits der 2. Civils. des R. G. in dem U
vom 1. Oktober 1880 (Entsch. Bd. 2 S. 400; s. Seuffert
Bd. 37 Nr. 163) in Betreff des Vorstandes einer Aktiengesellschaf
kannt. Der Vorschrift des Art. 232 des H. G. B. entspricht für Gen
schaften der § 22 des Gesetzes vom 4. Juli 1868. Ob das Ze
von der vertretenen Partei selbst oder, von deren Gegner angerufen
und ob von der Klägerin ein ausdrücklicher Widerspruch gegen die Ze
vernehmung erklärt worden ist, kann für die Entscheidung keinen U
schied machen. Es handelt sich um objektive Rechtsnormen, welch
Privatdisposition der Parteien entzogen sind. Urtheil des Reichsger
vom 22. Dezember 1884. (Urtheile u. Annalen des R. G. B
Nr. 177 S. 304 ff.) S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 252 S. 364.

4. **In dem vom Hausvater geführten Adventitienprozesse kann minderjährige Hausſohn nicht als Zeuge vernommen werden.** Das
treten des pater familias für den Hausſohn beruht schon nach
römischen Rechte nicht auf dem väterlichen Nießbrauche, sondern auf
damit verbundenen Administrationsrechte, wodurch von selbst ausgesch
ist, daß der Vater selbstberechtigte Partei ist. Noch weniger kann
heutigem Rechte eine selbständige Parteistellung des Vaters in Pro
seiner minderjährigen Hausſöhne angenommen werden. Denn es
sich, trotz der Rezeption des römischen Rechtes die Grundsätze des ä
deutschen Rechtes über das väterliche Mundium in der Weise erh
daß der Vater in vormundschaftlicher Stellung seine minderjährigen
kinder vertritt. Das vertretene Hauskind kann aber selbstverständli
seiner eigenen vom Vater geführten Sache nicht Zeuge sein. (
24. X. 84.) R. C. XII. (47.) 189. Vgl. auch Entsch. des
15. XII. 86 in R. C. XVII. (91.) S. 367.

5. **Unstatthafte Berücksichtigung der in anderen, zum Beweise den Akten vorhandenen Aussagen der vorgeschlagenen Zeugen.** Die C.

Digitized by Google

en Richter in Betreff der Aufnahme eines angetretenen Zeugen-
es an das hierfür vorgeschriebene Verfahren gebunden; dasselbe
det die Beweisaufnahme hinsichtlich der Vollständigkeit der Ver-
ng, der schriftlichen Feststellung der Aussagen, sowie der Glaub-
keit der Zeugen mit einer Reihe von Garantien (Vernehmung durch
rozeßgericht oder das von demselben beauftragte Gerichtsmitglied
Gericht, Kontroll- und Fragerecht der Parteien, Beeidigung), und
rteien haben ein Recht auf Innehaltung dieser Garantien. Hieraus
daß, wenngleich es gewiß unter Umständen statthaft ist, eine zu
n Akten schon vorhandene Zeugenaussage im Wege eines Urkunden-
es zu verwerthen, doch dies niemals dahin führen kann, daß die
hme eines angetretenen Zeugenbeweises gerichtsseitig ersetzt
n dürfe durch die Berücksichtigung einer anderweit schon vorhandenen
nausage. (R. G. 21. III. 81.) R. C. IV. (104.) 378. 379.

§ 339. § 339.

Die Vernehmung neuer Zeugen, welche nach Erlassung eines Beweisbeschlusses
h der in demselben bezeichneten streitigen Thatsachen benannt werden, ist auf
zurückzuweisen, wenn durch die Vernehmung die Erledigung des Rechtsstreits
rt werden würde und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß die Partei in
sicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Zeugen nicht
benannt hat.
§§ 252, 398.

2. Beweisaufnahme.

§ 340. § 340.

Die Aufnahme des Zeugenbeweises kann einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder
anderen Gericht übertragen werden:
1. wenn zur Ausmittelung der Wahrheit die Vernehmung des Zeugen an Ort
und Stelle dienlich erscheint;
2. wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht erheblichen Schwierigkeiten
unterliegen würde;
3. wenn der Zeuge verhindert ist, vor dem Prozeßgerichte zu erscheinen;
4. wenn der Zeuge in großer Entfernung von dem Sitze des Prozeßgerichts
sich aufhält.
Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie die
eder der Fürstlichen Familie Hohenzollern sind durch ein Mitglied des Prozeß-
oder durch ein anderes Gericht in ihrer Wohnung zu vernehmen.
§§ 196, 347. Einf. G. § 5. Einf. G. z. G. V. G. § 5.

. Ueber „**anderes Gericht**“ s. § 327 ad R. C. II. (100.) 373.

. **Wenn das Prozeßgericht die Aufnahme eines Zeugen- oder Sach-
digenbeweises nach Maßgabe des § 340 der C. P. O. einem andern
t überträgt, so ist das letztere — abgesehen von den Ausnahmefällen
159 des G. V. G. — zur Erledigung dieses Ersuchens unbedingt
chtet und steht demselben ein Recht, von einer der Parteien Vorschuß-
g zu fordern, deßhalb nicht zu, weil das ersuchte Gericht nicht auf
g einer Partei, des Beweisführers, sondern auf Antrag des ersuchenden
ts thätig wird.** Beschluß des hanseatischen O. L. G. zu Ham-
vom 12. Juni 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 347 S. 471.

§ 341. § 341.

Oeffentliche Beamte, auch wenn sie nicht mehr im Dienste sind, dürfen über
de, auf welche sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, als Zeugen
t Genehmigung ihrer vorgesetzten Dienstbehörde oder der ihnen zuletzt vorgesetzt

Digitized by Google

gewesenen Dienstbehörde vernommen werden. Für den Reichskanzler bedarf es der Genehmigung des Kaisers, für die Minister der Genehmigung des Landesherrn, für die Mitglieder der Senate der freien Hansestädte der Genehmigung des Senats.

§§ 347, 348 Nr. 5.

Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn die Ablegung des Zeugnisses dem Wohle des Reichs oder eines Bundesstaates Nachtheil bereiten würde.

Die Genehmigung ist durch das Prozeßgericht einzuholen und dem Zeugen bekannt zu machen.

Ladung.

§ 342.

§ 342.

Die Ladung der Zeugen ist von dem Gerichtsschreiber unter Bezugnahme auf den Beweisbeschluß auszufertigen und von Amtswegen zuzustellen.

Die Ladung muß enthalten:

1. die Bezeichnung der Parteien;
2. die Thatsachen, über welche die Vernehmung erfolgen soll;
3. die Anweisung, zur Ablegung des Zeugnisses bei Vermeidung der durch das Gesetz angedrohten Strafen in dem nach Zeit und Ort zu bezeichnenden Termine zu erscheinen.

1. **Der Beweisbeschluß hat die Bedeutung einer prozeßleitenden Verfügung, welche den Zweck hat, die definitive Entscheidung über den erhobenen Ausspruch vorzubereiten.** (R.G. 17. II. 82.) R. C. VI. (106.) 355. (R. C. III. (101.) 368.)

2. Durch § 342 ist nicht ausgeschlossen, daß die Partei einen Zeugen in den Termin mitbringt.

Gerichtskostengesetz.

3. **Für die nach § 342 C. P. O. von dem Gerichtsschreiber auszufertigenden Ladungen der Zeugen sind Schreibgebühren zu berechnen.** Die in dem Gerichtskostengesetze vom 18. Juni 1878 enthaltene Vorschrift, wonach in einer Reihe von Fällen Freiheit von Gebühren, nicht aber zugleich Freiheit von Erstattung der baaren Auslagen, zu welchen auch die Schreibgebühren gehören, gewährt wird (§§ 47. 79), ist durch Art. 2 des Gesetzes vom 29. Juni 1881, betreffend Abänderung der Bestimmungen des Gerichtskostengesetzes ꝛc., dahin abgeändert worden, daß „für die von Amtswegen anzufertigenden Ausfertigungen und Abschriften" in den in § 80a hervorgehobenen Fällen Schreibgebühren nicht erhoben werden, sofern in denselben keine Gebühren zu erheben sind. Von diesen Fällen kann hier nur die Vorschrift des § 47 Ziff. 1 des Gerichtskostengesetzes in Betracht kommen, wonach Gebühren nicht erhoben werden „für die Verhandlung und Entscheidung über die Prozeß- oder Sachleitung, einschließlich der Bestimmung und Aenderung von Terminen und Fristen". Nach § 323 C. P. O. ist die Beweisaufnahme, wenn sie ein besonderes Verfahren erfordert, durch Beweisbeschluß anzuordnen, und es soll nach § 324 der Beweisbeschluß u. a. enthalten „die Bezeichnung der Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen". Ist der Beweisbeschluß ergangen, so ist, ohne daß es einer weiteren Entscheidung bezüglich der Frage, ob die von den Parteien benannten, in dem Beweisbeschlusse bezeichneten Zeugen zu laden seien, von dem Gerichtsschreiber in Gemäßheit der Vorschrift in § 342 C. P. O. die Ladung der Zeugen unter Bezugnahme auf den Beweisbeschluß, auszufertigen und von Amts wegen zuzustellen. Der

Digitized by Google

Beweisbeschluß hat allerdings die Bedeutung, einer prozeßleitenden Verfügung, welche den Zweck hat, die definitive Entscheidung über den erhobenen Anspruch vorzubereiten (Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 3 S. 368), allein derselbe fällt nicht unter die in § 47 Ziff. 1 des Gerichtskostengesetzes bezeichneten gebührenfreien Verfügungen und Entscheidungen „über die Prozeß- oder Sachleitung", gehört vielmehr zu den in den §§ 18. 22. 49 des Gerichtskostengesetzes aufgeführten, gebührenpflichtigen Verfügungen des Gerichtes, während die Gebührenfreiheit der Beweisaufnahme aus dem dem Gerichtskostengesetze zu Grunde liegenden Prinzipe folgt, daß nur für gewisse Hauptverhandlungen und Entscheidungen, welche den erhobenen Anspruch selbst unmittelbar oder in dem zu führenden Beweise 2c. mittelbar betreffen, Bauschsätze zu erheben sind. Die Thätigkeit des Gerichtsschreibers zum Zwecke der Ausführung des Beweisbeschlusses (§ 342 a. a. O.) kann als eine unter § 47 Ziff. 1 fallende Entscheidung nicht aufgefaßt werden, die Ladung der Zeugen in Gemäßheit des § 342 stellt sich vielmehr lediglich als eine Ausführung des Beweisbeschlusses dar, und fehlt es daher an der in § 80a a. a. O. für den Wegfall der Verpflichtung zur Bezahlung der Schreibgebühren aufgestellten Voraussetzung, daß keine Gebühren zu erheben sind. Es ist denn auch in § 80b des Gerichtskostengesetzes vom 29. Juni 1881, wonach für die von Amts wegen bewirkten Zustellungen in allen Fällen baare Auslagen nicht zu erheben sind, hervorgehoben, daß die Erhebung von Schreibgebühren für die Ausfertigungen und Abschriften der zuzustellenden Schriftstücke dadurch nicht ausgeschlossen werde; es sind die letzteren also zu erheben, sofern deren Erhebung nach § 80a nicht ausgeschlossen ist. Aus der Entstehungsgeschichte des Gerichtskostengesetzes vom 18. Juni 1878, sowie des Gesetzes vom 29. Juni 1881 geht hervor, daß die Vorschrift des § 47 Ziff. 1 a. a. O. auf Beweisbeschlüsse sich nicht bezieht, und daß es nicht die Absicht gewesen ist, die Verpflichtung zum Ersatze der erheblichen Auslagen an Schreibgebühren für die Ladungen der auf Grund ergangener Beweisbeschlüsse zu vernehmenden Zeugen aufzuheben, sondern daß man die Ausfertigung von Beschlüssen des Gerichtes vor Augen gehabt hat, welche der Gebührentaxe nicht unterliegen, diejenigen Fälle, in denen Schreibgebühren für sich allein und in geringem Betrage zu erheben sind. (R. G. 17. II. 82.) R. C. VI. (106.) 354—356.

§ 343. **§ 343.**

Die Ladung einer dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörenden Person des Soldatenstandes als Zeuge erfolgt durch Ersuchen der Militärbehörde.

Anders die §§ 158, 345, 355, 374, 715 Nr. 6, 7 § 749 Nr. 5, 6, 8 Abs. 3. Ausgeschlossen sind die Militärbeamten § 4 M. St. G. B. § 157 R. Beamten G.

§ 344. **§ 344.**

Das Gericht kann die Ladung davon abhängig machen, daß der Beweisführer einen Vorschuß zur Deckung der Staatskasse wegen der durch die Vernehmung des Zeugen erwachsenden Auslagen hinterlegt.

Erfolgt die Hinterlegung nicht binnen der bestimmten Frist, so unterbleibt die Ladung, wenn die Hinterlegung nicht so zeitig nachgeholt wird, daß die Vernehmung ohne Verzögerung des Verfahrens erfolgen kann.

1. **Der § 344 der C. P. O. erklärt den Beweisführer,** welcher den erforderlichen Auslagenvorschuß nicht innerhalb der gesetzten Frist oder

Digitized by Google

wenigstens so bald nach Ablauf dieser Frist, daß durch die nunmehr erfolgende Ladung das Verfahren nicht erheblich verzögert wird, hinterlegt hat, **keineswegs für des fraglichen Beweismittels definitiv verlustig**, und es fehlt auch sonst im Gesetz wie in den Motiven jeder Anhaltspunkt für die Annahme, es habe rigoroser Weise dann, wenn die Ladung ohne jene Folge nicht mehr möglich, die Benutzung des gewählten Beweismittels für die ganze Dauer des Rechtsstreits ausgeschlossen werden sollen, woraus sich ergeben würde, daß die Säumniß einer Partei in Befolgung einer an eine richterliche, lediglich im fiskalischen Interesse gesetzte Frist geknüpften Auflage, unter Umständen die erheblichsten Nachtheile in der Sache selbst, dagegen die verschuldete Nichtbeachtung der durch § 256 der C. P. O. für die Vorbringung von Beweismitteln angeordneten gesetzlichen Frist, welche anerkanntermaßen deren Geltendmachung in der Ber.-Instanz offen läßt, gemäß § 92 Abs. 2 höchstens solche im Kostenpunkt zur Folge haben könnte. Hieraus ergibt sich **die Zulässigkeit abermaliger Benennung der in 1. Instanz wegen nicht erlegten Kostenvorschusses ausgeschlossenen Zeugen in der Ber.-Instanz.** Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig vom 22. Mai 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (239.) 368.

2. **Das ersuchte Gericht darf die Zeugenladung von einem Kostenvorschuß des Beweisführers nicht abhängig machen.** Die gegentheilige Ansicht hat zwar namhafte Schriftsteller für sich, wie Seuffert Komm. S. 409 zu § 344 (anders in der zweiten Aufl. S. 441 a. E.) und Fitting 4. Aufl. S. 174, aber richtiger Ansicht nach ist unter dem im § 344 der C. P. O. erwähnten Gericht das Prozeßgericht zu verstehen (vgl. Kleiner Komm. Bd. 1 S. 293; Hellmann Komm. zu § 344). Auch der § 165 des G. V. G. geht von dem Grundsatz aus, daß die Kosten, von deren Erstattung in Abs. 1 u. 2 gesprochen wird, vor Allem erwachsen sein müssen. Wo Kosten zu erstatten sind, greift nicht Deckung im Voraus Platz. Daher hat das ersuchte Gericht derartige Auslagen nicht vorschußweise von dem ersuchenden Gericht oder dessen Staat zu erheben, sondern nur mit Erledigung der Sache demselben sein Gebührenkonto zu übermitteln (Hauck Komm. zum G. V. G. §§ 165, 166). Der § 165 des G. V. G. will in diesem Punkt lediglich den § 43 des Ges. über die Rechtshülfe vom 21. Juni 1869 wiedergeben, in dessen Sinn ebensowenig dem ersuchten Gericht die Befugniß gegeben ist, die Rechtshülfe von vorheriger Zahlung oder Sicherstellung der Kosten abhängig zu machen. (Endemann Komm. zu jenem Ges. S. 161.) — Die Zeugen selbst sind damit keineswegs an das ersuchende Gericht verwiesen, oder genöthigt mit der Zahlung zu warten, bis dort die Zahlung von der Partei beigetrieben ist; vielmehr sind ihnen die Kosten einstweilen von dem vernehmenden Gericht vorzuschießen (Pemsel Komm. zu § 366, Struckmann u. Koch ebendas.), welches ja auch nach § 17 des Geb.-Ges. v. 30. Juni 1878 diese Kosten ihrem Betrage nach festzusetzen hat. Die Zeugen haben sogar auch dann Anspruch auf ihre Gebühren, wenn die zahlungspflichtige Partei das Armenrecht hat oder sonst zahlungsunfähig ist (§ 366 der C. P. O.); hierzu kann und darf es dem vernehmenden Gericht an Mitteln nicht fehlen, wofür auch die bayr. Regierung thatsächlich Vorsorge getroffen hat. (Instr. des Staatsmin. der Finanzen zum Vollzug des G. K. G. vom 21. September 1879, §§ 30. 39,

Digitized by Google

J. M. Bl. 1879 S. 1331, 1336); Beschluß des O. L. G. zu Nürnberg vom 4. Januar 1882; Busch Zeitschr. f. d. C. P. Bd. 6 S. 129.) S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 152 S. 220. 221.

3. **Anwendung des § 344 C. P. O. auf den Beweis durch Sachverständige.** Auf den Beweis durch Sachverständige finden nach § 367 C. P. O. die Vorschriften über den Beweis durch Zeugen entsprechende Anwendung, insoweit nicht die §§ 368—379 abweichende Bestimmungen enthalten, was in Ansehung des § 344 nicht der Fall ist. (Ob Letzterer auch dann Platz greift, wenn es sich nicht um einen von der Partei angetretenen Beweis durch Sachverständige, sondern um eine gemäß § 135 C. P. O. von Amts wegen stattfindende Zuziehung von Sachverständigen handelt, ist hier nicht entschieden.) Ist ein solcher Antrag von der Partei gestellt, so ist das Gericht bei Sachverständigen ebenso wie bei Zeugen befugt, die Ladung davon abhängig zu machen, daß der nach § 84 des Gerichtskostengesetzes zur Zahlung eines Vorschusses verpflichtete Antragsteller den Vorschuß innerhalb einer bestimmten Frist leiste. R. G. 7. X. 82.) R. C. VII. (118.) 390. A. VI. (106.) 484.

4. **Der im § 344 angedrohte Rechtsnachtheil tritt auch beim Beweis durch Sachverständige ein.** Während in denjenigen Bestimmungen der Civilprozeßordnung, welche zur Verhütung einer Verschleppung des Prozesses dem Richter die Befugniß beilegen, Vertheidigungsmittel oder Beweismittel zurückzuweisen (vgl. §§ 252. 339. 398), hierfür die Bedingung aufgestellt wird, daß durch deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreites verzögert werden würde, und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß der Partei die Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder grobe Nachlässigkeit zur Last fällt, ist diese Bedingung nicht aufgestellt in derjenigen Bestimmung, welche dem Richter gestattet, für die Benutzung eines Beweismittels eine Frist zu setzen, wenn der Aufnahme des Beweises ein Hinderniß von ungewisser Dauer entgegensteht (§ 321). In diesem Falle hat der Ablauf der Frist, gleichviel aus welchem Grunde sie versäumt worden ist, den Verlust des Beweismittels zur Folge; doch wird derselbe abgewendet, wenn das Beweismittel zwar nach Ablauf der Frist, aber so zeitig benutzt wird, daß durch die Verspätung das Verfahren nicht verzögert wird. Ebenso ist der Fall behandelt, wenn die Ladung eines Zeugen oder Sachverständigen von der Hinterlegung eines Vorschusses binnen einer bestimmten Frist abhängig gemacht wird (§ 344); die Motive zum Entwurfe der Civilprozeßordnung § 333 heben hervor, daß Abs. 2 des § 344 (Entwurf § 333) dem § 321 (Entwurf § 311) entspricht. Der im § 344 angedrohte Rechtsnachtheil, das Unterbleiben der Ladung, tritt daher mit Ablauf der Frist ein, gleichviel aus welchem Grunde sie versäumt ist. Dieser Nachtheil wird abgewendet, wenn die Hinterlegung des Vorschusses zwar nach Ablauf der Frist, jedoch so zeitig geschieht, daß die Vernehmung ohne Verzögerung des Verfahrens erfolgen kann. (R. G. 7. X. 82.) R. C. VII. (118.) 390. 391. A. VI. (106.) 484. 485.

5. **Wenn die Benutzung des Sachverständigenbeweises seitens der Partei durch Nichtleistung oder nicht rechtzeitige Leistung des Vorschusses ausgeschlossen ist, so verbleibt doch dem Gerichte die Befugniß, die Ver-**

Digitized by Google

nehmung derselben nach § 135 C. P. O. anzuordnen. (R. G. 7. X. R. C. VII. (118.) 391. 392. A. VI. (106.) 485.

6. **Die Benutzung des Beweises durch Sachverständige seitens Partei ist durch den im § 344 angedrohten Rechtsnachtheil nicht gä ausgeschlossen.** Der fruchtlose Ablauf der nach § 344 bestimmten hat nicht, wie im Falle des § 321, die Folge, daß das Beweisn nun nicht mehr benutzt werden kann, sondern nur die Folge, da Ladung unterbleibt. Es ist daher der beweisführenden Partei nicht unbenommen, die zu erweisende Thatsache durch andere Beweisn gleicher oder anderer Art darzuthun, sofern solche bereits früher ge gemacht waren oder gemäß §§ 256. 491 noch rechtzeitig geltend ge werden, sondern es ist auch dasselbe Beweismittel, bezüglich dessen Vorschuß unter Fristsetzung gefordert worden, durch den Ablauf der nicht ausgeschlossen; insbesondere kann dasselbe benutzt werden, wen zu vernehmende Zeuge oder Sachverständige in dem dazu bestim Termine ohne Ladung von der Partei zur Stelle gebracht wird. Zeugen wird allerdings das Unterbleiben der Ladung im thatsäch Erfolge dem Verluste des Beweismittels gleichkommen, indem bei de dividuellen Natur dieses Beweismittels die Vernehmung des Zeugen, i Ladung das Gericht verweigert und welcher ohne Ladung nicht ersch will, durch nichts ersetzt werden kann. Anders aber verhält es sic Sachverständigen, da das abzugebende Gutachten nicht bloß von der P bezüglich welcher der Vorschuß unter Fristsetzung gefordert worden sondern auch von jeder anderen, mit gleicher Sachkunde versehenen P abgegeben werden kann. Daher steht, wenn die beweisführende P ihren Antrag auf Vernehmung von Sachverständigen erneuert und Stellung des verlangten Vorschusses das einer Ladung derselben entg stehende Hinderniß von nun an beseitigt, weder ein thatsächliches Hi niß noch der nach § 344 bereits eingetretene Rechtsnachtheil der Bef des Gerichtes, auf diesen Antrag einzugehen, entgegen. Das G kann in einem solchen Falle den Antrag auf Vernehmung von verständigen zwar aus Gründen, welche bei jedem Beweise durch verständige Platz greifen, oder auf Grund des auch bei Sachverstän anwendbaren § 339 C. P. O., nicht aber wegen des nach § 344 getretenen Rechtsnachtheiles ablehnen. (R. G. 7. X. 82.) R. C. (118.) 392. 393. A. VI. (106.) 485. 486.

7. **Bezüglich der Prozeßkostenvorschußpflicht des Ehemannes seiner frau gegenüber** s. § 87 ad R. C. V. (119.) 416.

8. **Die Vorschrift des § 87 des G. K. G.,** wonach regelmäßig Zurückzahlung bereits bezahlter Beträge an Gebühren und Auslagen eintreten soll, **findet der Natur der Sache nach keine Anwendung au Kostenvorschuß im Sinne des § 84 des G. K. G. in Verbindung § 344 der R. C. P. O., vielmehr muß solchenfalls der nicht durch verläge verbrauchte Rest zurückerstattet werden.** Es kann sich im letz Falle für die Staatskasse immer nur um Ersatz der ihr durch die nehmung der Zeugen und Sachverständigen wirklich entstandenen b Auslagen und demgemäß auch nur um die Rückbehaltung des hier absorbirten Kostenbetrags handeln. (R. G. 21. IX. 83.) A. (96.) 359. 360.

Digitized by Google

Folgen des Ausbleibens.

§ 345. § 345.

Ein ordnungsmäßig geladener Zeuge, welcher nicht erscheint, ist, ohne daß es Antrags bedarf, in die durch das Ausbleiben verursachten Kosten sowie zu einer rafe bis zu dreihundert Mark und für den Fall, daß diese nicht beigetrieben n kann, zur Strafe der Haft bis zu sechs Wochen zu verurtheilen.

Im Falle wiederholten Ausbleibens kann die Strafe noch einmal erkannt, auch wangsweise Vorführung des Zeugen angeordnet werden.

Gegen diese Beschlüsse findet die Beschwerde statt.

Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere der aktiven Marine angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das irgericht, die Vorführung einer solchen Person durch Ersuchen der Militärbehörde.

§§ 355, 374. Ger. K. G. § 47 Nr. 8. R. A. G. O. § 23 Nr. 1.

§ 346. § 346.

Die Verurtheilung in Strafe und Kosten unterbleibt, wenn das Ausbleiben des n genügend entschuldigt ist. Erfolgt nachträglich genügende Entschuldigung, so n die gegen den Zeugen getroffenen Anordnungen wieder aufgehoben.

Die Anzeigen und Gesuche des Zeugen können schriftlich oder zum Protokolle erichtsschreibers oder mündlich in dem zur Vernehmung bestimmten neuen Ter- ngebracht werden.

Ger. K. G. § 47 Nr. 8. R. A. G. O. § 23 Nr. 1.

§ 347. § 347.

Der Reichskanzler, die Minister eines Bundesstaates, die Mitglieder der Senate eien Hansestädte, die Vorstände der obersten Reichsbehörden und die Vorstände inisterien sind an ihrem Amtssitze oder, wenn sie sich außerhalb desselben auf- , an ihrem Aufenthaltsorte zu vernehmen.

Die Mitglieder des Bundesraths sind während ihres Aufenthalts am Sitze des sraths an diesem Sitze, die Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versamm- während der Sitzungsperiode und ihres Aufenthalts am Orte der Versammlung sem Orte zu vernehmen.

Zu einer Abweichung von den vorstehenden Bestimmungen bedarf es:

in Betreff des Reichskanzlers der Genehmigung des Kaisers,

in Betreff der Minister und der Mitglieder des Bundesraths der Genehmigung des Landesherrn,

in Betreff der Mitglieder der Senate der freien Hansestädte der Genehmigung des Senats,

in Betreff der übrigen vorbezeichneten Beamten der Genehmigung ihres unmittelbaren Vorgesetzten,

in Betreff der Mitglieder einer gesetzgebenden Versammlung der Genehmigung der letzteren.

Verweigerung des Zeugnisses.

§ 348. § 348.

Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt:

1. der Verlobte einer Partei;
   §§ 350, 358 Nr. 3.
2. der Ehegatte einer Partei, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
   §§ 350, 358 Nr. 3.
3. diejenigen, welche mit einer Partei in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden, oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert sind, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht;
   §§ 350, 358 Nr. 3.
4. Geistliche in Ansehung desjenigen, was ihnen bei der Ausübung der Seelsorge anvertraut ist;
   § 351 Abs. 2.

Digitized by Google

5. Personen, welchen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Thatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch die Natur derselben oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in Betreff der Thatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht.

§ 351 Abs. 2 R.-Beamten-G. § 11 St. G. B. § 300 St. P. O. §§ 51—53 H. G. B. Art. 69 Nr. 5.

Die unter Nr. 1—3 bezeichneten Personen sind vor der Vernehmung über ihr Recht zur Verweigerung des Zeugnisses zu belehren.

Die Vernehmung der Nr. 4, 5 bezeichneten Personen ist, auch wenn das Zeugniß nicht verweigert wird, auf Thatsachen nicht zu richten, in Ansehung welcher erhellt, daß ohne Verletzung der Verpflichtung zur Verschwiegenheit ein Zeugniß nicht abgelegt werden kann.

1. Ziff. 1. **Bei dem Zeugnißverweigerungsrechte der Verlobten ist das natürliche, durch das Vorliegen ernstlichen Eheversprechens begründete Verhältniß maßgebend und ist der Richter bei der Entscheidung darüber, ob ein solches Verhältniß vorliege, an die bezüglichen civilrechtlichen Vorschriften nicht gebunden.** Die gesetzgeberischen Vorarbeiten geben Anhalt dafür an die Hand, daß der Gesetzgeber bei Erlaß der Bestimmung wie in § 51 Nr. 1 der R. Str. P. O. so bei der gleichen Vorschrift in § 348 Nr. 1 der R. C. P. O. von der gleichen Anschauung ausgegangen ist (zu vergl. die Motive zu § 42 des Entwurfs der R. Str. P. O. und zu § 336 verbunden mit § 41 des Entwurfs der R. C. P. O.; Hahn's Materialien Bd. III S. 107, Bd. II S. 313 und S. 163). — (R. G. 28. I. 84.) A. IX. (85.) 380. R. A. VI. (24.) 57. R. St. X. (36.) 119. 120.

2. Ziff. 4. Nach § 348 Ziff. 4 der R. C. P. O. ist ein Geistlicher berechtigt zur Verweigerung des Zeugnisses nur in Ansehung desjenigen, was ihm bei der Ausübung der Seelsorge anvertraut ist. Wenngleich nun die in § 348 Ziff. 4 dem Geistlichen gegebene Befugniß zur Verweigerung des Zeugnisses sich nicht auf dasjenige beschränkt, was ihm mit der Auflage der Geheimhaltung mitgetheilt ist, sondern sich auf alles dasjenige bezieht, was ihm in Ausübung der Seelsorge anvertraut ist, so **kann doch der Geistliche auf die gedachte Vorschrift sich dann nicht berufen, wenn er dritten Personen von demjenigen, was ihm bei Ausübung der Seelsorge anvertraut ist, Mittheilungen gemacht hat und es sich nur darum handelt, durch sein Zeugniß festzustellen, ob er diese Mittheilungen gemacht habe.** Ob und was ein Geistlicher von demjenigen, was ihm in Ausübung der Seelsorge anvertraut worden, dritten Personen mittheilen darf, ist Sache seines pflichtmäßigen Ermessens. Hat er aber darüber Mittheilung gemacht und also das ihm Anvertraute nicht als ein nur ihm als Seelsorger anvertrautes Geheimniß betrachtet und behandelt, so ist kein Grund erfindlich, weßhalb er nicht darüber als Zeuge sollte vernommen werden können, ob und welche Mittheilungen er über die ihm in Ausübung der Seelsorge bekannt gewordenen Thatsachen gemacht habe, selbst wenn daraus Schlüsse auf die Wahrheit dieser letzteren gezogen werden könnten. (R. G. 8. VI. 83.) A. VIII. (88.) 350. 351.

3. **Auch vermögensrechtliche Angelegenheiten** (z. B. betreffs einer Mitgift) **können dem Geistlichen „bei der Ausübung der Seelsorge anvertraut" werden.** (R. G. 19. I. 84.) A. IX. (78.) 355.

4. Ziff. 5. **Wenn die angegebenen Thatsachen für ausreichend erachtet werden, so bedarf es der Glaubhaftmachung derselben nach Maßgabe des**

Digitized by Google

§ 266 der R. C. P. O., wenn eine Versicherung unter Berufung auf einen geleisteten Diensteid nicht erfolgen kann. (R. G. 19. I. 84.) A. IX. (78.) 356.

5. **Die Direktoren von Aktiengesellschaften haben kein Zeugnißablehnungsrecht, wenn in dem betreffenden Prozeß die Pflicht der Verschweigung eigener Geschäftsgeheimnisse der Aktiengesellschaft in Frage kommt.** (§§ 348. 349 R. C. P. O.) — (R. G. 20. V. 84.) A. X. (97.) 412. 413.

6. **Der Inhaber eines Auskunftsbureaus ist nicht berechtigt, sein Zeugniß in Betreff der ihm über die Kreditwürdigkeit von Geschäftsleuten anvertrauten Thatsachen oder in Betreff der Quelle, aus welcher er seine Kunde geschöpft hat, zu verweigern.** Die Bestimmung des § 348 Ziff. 5, welche auf gleicher Linie steht mit derjenigen des § 348 Ziff. 4, wonach Geistliche in Ansehung desjenigen, was ihnen bei Ausübung der Seelsorge anvertraut worden ist, zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind, trifft die Fälle, wo Jemand dadurch, daß er die Amts- oder Berufsthätigkeit eines Andern in Anspruch nimmt, in die Lage kommt, demselben Geheimnisse anvertrauen zu müssen. So wird oft der Klient die Hülfe seines Rechtsbeistandes, das schwangere Frauenzimmer die Hülfe einer Hebamme nicht anders als unter Mittheilung von Geheimnissen in Anspruch nehmen können. Nur in derartigen Fällen kann die Rede davon sein, daß diesen Personen kraft ihres Amtes oder Gewerbes etwas anvertraut sei. Dem Inhaber eines Auskunftsbureaus braucht Niemand etwas über die Kreditwürdigkeit oder den Charakter Anderer mitzutheilen, und insbesondere ist die Inanspruchnahme der Dienste eines dieser Gewerbetreibenden nicht bedingt durch die Anvertrauung irgend welcher Geheimnisse. Es kann daher Niemand in die Lage kommen, ihm kraft seines Gewerbes etwas anvertrauen zu müssen. Der Inhaber eines Auskunftsbureaus pflegt sich aber auch keineswegs für verpflichtet zu halten, sondern er macht sich im Gegentheil ein Gewerbe daraus, sie Jedem, der sie zu erfahren wünscht, gegen Zahlung einer Gebühr zu offenbaren. Es ist daher nicht abzusehen, weßhalb er befugt sein sollte, die Auskunft, welche Jedermann von ihm erhalten kann, als Zeuge dem Gericht zu versagen. Wer über eine ihm anvertraute Thatsache als Zeuge Auskunft zu geben gesetzlich nicht verpflichtet ist, kann allerdings deßhalb niemals in die Lage kommen, über die Quelle der Kenntniß derselben sich als Zeuge äußern zu müssen. Wer dagegen umgekehrt über eine ihm mitgetheilte Thatsache Verschwiegenheit zu beobachten nicht verpflichtet ist und daher zum Zeugniß über dieselbe angehalten werden kann, den befreit das Gesetz auch nicht von dem Zeugniß über die Kenntnißquellen. Beschluß des hanseatischen O. L. G. vom 17. Februar 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 162 S. 233. 234.

§ 349. **§ 349.**

Das Zeugniß kann verweigert werden:

1. über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einer Person, zu welcher derselbe in einem der im § 348 Nr. 1—3 bezeichneten Verhältnisse steht, einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde;
   §§ 350, 358 Nr. 3.
2. über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einem der im § 348 Nr. 1—3 bezeichneten Angehörigen desselben zur Unehre gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde;
   § 358 Nr. 3.

Digitized by Google

3. über Fragen, welche der Zeuge nicht würde beantworten können, ohne ein Kunst- oder Gewerbegeheimniß zu offenbaren.

Ziff. 1. Die Direktoren von Aktiengesellschaften haben kein Zeugnißablehnungsrecht, wenn in dem betreffenden Prozeß Forderungen der Gesellschaft in Frage kommen. (§§ 349. 348 R. C. P. O.) — (R. G. 20. V. 84.) A. X. (97.) 412. 413.

§ 350.

§ 350.

In den Fällen des § 348 Nr. 1—3 und des § 349 Nr. 1 darf der Zeuge das Zeugniß nicht verweigern:

1. über die Errichtung und den Inhalt eines Rechtsgeschäfts, bei dessen Errichtung er als Zeuge zugezogen war;
2. über Geburten, Verheirathungen oder Sterbfälle von Familiengliedern;
3. über Thatsachen, welche die durch das Familienverhältniß bedingten Vermögensangelegenheiten betreffen;
4. über diejenigen auf das streitige Rechtsverhältniß sich beziehenden Handlungen, welche von ihm selbst als Rechtsvorgänger oder Vertreter einer Partei vorgenommen sein sollen.

Die im § 348 Nr. 4, 5 bezeichneten Personen dürfen das Zeugniß nicht verweigern, wenn sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind.

1. Es kann sich fragen, ob das Gesetz mit dem Zusatz **„als Rechtsvorgänger"**, entsprechend den folgenden Worten **„als Vertreter"**, lediglich solche Handlungen hier bezeichnen will, welche der Zeuge zu einer Zeit vorgenommen haben soll, nachdem die Succession einer Partei in sein Recht bereits erfolgt war, oder auch die schon vor solcher Succession geschehenen Handlungen des Zeugen. Für die letztere Auslegung spricht, daß die ganze Gesetzesbestimmung mit der Vorschrift des § 414 der C. P. O. in Verbindung steht, wonach die Eideszuschiebung an Dritte, also insbesondere, was nach gemeinem Prozeßrecht nicht unbestritten, an den Cedenten oder sonstigen Auktor einer Partei, nicht stattfindet, und daß deßhalb, um insoweit die Mittel zur Aufklärung der Beweisfrage zu ergänzen, eine zeugeneidliche Vernehmung des Auktors selbst in den Fällen, wo derselbe nach den Regelbestimmungen des § 348 Ziff. 1—3 und § 349 Ziff. 1 sein Zeugniß verweigern dürfte, hat ermöglicht werden sollen (Struckmann u. Koch, C. P. O. § 350 Anm. 2), daß aber die Beweisführung in Beziehung auf solche das streitige Rechtsverhältniß betreffenden Handlungen, welche der Rechtsvorgänger einer Partei schon vor der Succession einer Partei in das Recht desselben, z. B. schon vor der Cession an den Kläger, vorgenommen haben soll, bei Weitem häufiger in Frage kommen wird, als in Beziehung auf seine erst später, etwa erst nach der Cession vorgekommenen Handlungen. Wenngleich daher die Wortfassung des Gesetzes (§ 350 Ziff. 4) nicht allen Zweifel hierüber ausschließt, so ist doch nach dem Zweck und Sinn der Bestimmung jener weiteren Interpretation, wonach man unter den fraglichen Handlungen alle Handlungen des Rechtsvorgängers in Beziehung auf das streitige Rechtsverhältniß, ohne Rücksicht auf die Zeit, wann sie geschehen sein sollen, zu verstehen hat, den Vorzug zu geben. Urtheil des O. L. G. zu Celle vom 24. Mai 1881. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 307 S. 479.

2. **Zulässigkeit der Beeidung ursprünglicher Mitkläger bezw. Rechtsvorgänger des Klägers als Zeugen.** (R. G. 14. II. 85.) U. u. A. II. (59.) 114.

3. Der Vertreter einer Aktiengesellschaft ist in einem

Digitized by Google

dieser geführten Prozesse ein unzulässiger Zeuge. Entsch. des R. G. 10. 80.

§ 351. **§ 351.**

Der Zeuge, welcher das Zeugniß verweigert, hat vor dem zu seiner Vernehmung mten Termine schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers oder in diesem ne die Thatsachen, auf welche er die Weigerung gründet, anzugeben und glaubu machen.

§§ 74 Abs. 2, 266.

Zur Glaubhaftmachung genügt in den Fällen des § 348 Nr. 4, 5 die mit Beg auf einen geleisteten Diensteid abgegebene Versicherung.

Hat der Zeuge seine Weigerung schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsers erklärt, so ist er nicht verpflichtet, in dem zu seiner Vernehmung bestimmten ne zu erscheinen.

Von dem Eingange einer Erklärung des Zeugen oder von der Aufnahme einer zum Protokolle hat der Gerichtsschreiber die Parteien zu benachrichtigen.

Ger. K. G. § 47 Nr. 7. R. A. G. O. § 23 Nr. 1.

Abs. 1. Nach § 351 Abs. 1 der R. C. P. O. ist erforderlich, daß die Thatn, auf welche der Geistliche im einzelnen Falle seine Weigerung gründet, geben und glaubhaft gemacht werden. (R. G. 19. I. 84.) A. IX. 355.

§ 352. **§ 352.**

Ueber die Rechtmäßigkeit der Weigerung wird von dem Prozeßgerichte nach Ang der Parteien entschieden.

Der Zeuge ist nicht verpflichtet, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen.

Gegen das Zwischenurtheil findet sofortige Beschwerde statt.

1. Wenn ein Zeuge oder Sachverständiger sein Zeugniß oder Gutn verweigert und die Rechtmäßigkeit der Weigerung bestritten wird, steht nach der R. C. P. O. **ein Unterschied zwischen dem in § 352 Zeugen geordneten, auch bei Sachverständigen gemäß § 367 anwendVerfahren, in welchem über die Rechtmäßigkeit der Weigerung erkannt und dem in § 355 für Zeugen geordneten, auch bei Sachverständigen § 367 unter der aus § 374 ersichtlichen Abweichung anwendbaren hren, in welchem der Zeuge oder Sachverständige zur Ablegung seines nisses oder Erstattung seines Gutachtens durch Zwangsmittel genöthigt Insbesondere besteht ein Unterschied zwischen ersterem und letzterem hren in Ansehung der Rechtsmittel.** Während im Falle des § 352, nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zu entscheiden ist (§ 352 1, § 354 Abs. 2), die Beschwerde gemäß § 530 nur insoweit statt, als in der R. C. P. O. besonders bestimmt ist, mithin nur als tige Beschwerde gegen das Zwischenurtheil (§ 352 Abs. 3), findet falle des § 355 die einfache Beschwerde statt, nicht bloß in dem , wenn das Gericht Zwangsmaßregeln gegen den Zeugen oder Sachändigen angeordnet hat (§ 355 Abs. 3), sondern auch, wenn der ag auf Anwendung von Zwangsmaßregeln zurückgewiesen worden ist, ebenso wie die Anwendung von Zwangsmitteln (§ 355 Abs. 1) eine ängige mündliche Verhandlung nicht erfordert (§ 530). (R. G. 16. 4.) A. IX. (79.) 356. 357.

2. Die Civilprozeßordnung behandelt den Streit über die Rechtgkeit einer Zeugnißverweigerung als einen Zwischenstreit, dessen Gegen nicht das den Streitgegenstand des Prozesses bildende Rechtsverhältniß, sondern die Erfüllung der dem öffentlichen Rechte angehörigen

Digitized by Google

Zeugenpflicht ist, und bei welchem die Prozeßparteien, insbesonder
beweisführende Partei einerseits und der Zeuge andererseits als Par
gedacht sind. Ueber diesen Streit wird nach Anhörung der Par
wobei für den Zeugen Anwaltszwang nicht besteht, durch Zwischenu
entschieden. Ist der Zeuge vor einem beauftragten oder ersuchten R
vernommen, so steht die Entscheidung nicht diesem, sondern dem Pr
gerichte zu, welches die Parteien und den Zeugen zur deßhalbigen n
lichen Verhandlung von Amts wegen zu laden hat. Gegen das Zwi
urtheil steht der Prozeßpartei wie dem Zeugen die sofortige Beschw
zu (C. P. O. §§ 352—354). **Es kann also, wenn ein Zeuge bei**
Vernehmung vor dem ersuchten Richter das Zeugniß verweigert hat,
Prozeßgericht, welches die Zeugnißverweigerung für gerechtfertigt hält,
Ladung des Zeugen und ohne Zwischenurtheil das Endurtheil nicht erl
Ein solches unter den Prozeßparteien ergangenes Endurtheil vermag
zwischen ihnen und dem Zeugen entscheidende Zwischenurtheil nich
ersetzen, am wenigsten, wenn es eine Entscheidung über die Rechtm
keit der Zeugnißverweigerung nicht in der Urtheilsformel, sondern n
den Entscheidungsgründen enthält. Auch der Umstand, wenn die
weigerung des Zeugnisses für gerechtfertigt erachtet wird, die ergan
Entscheidung mithin den Zeugen nicht benachtheiligt, entschuldigt
Abweichung von den Vorschriften der Civilprozeßordnung nicht, weil
durch die beweisführende Prozeßpartei benachtheiligt
(R. G. 7. II. 85.) R. C. XIII. (114.) 414—415.

§ 353. § 353.

Hat der Zeuge seine Weigerung schriftlich oder zum Protokolle des Ger
schreibers erklärt und ist er in dem Termine nicht erschienen, so hat auf Grund
Erklärungen ein Mitglied des Prozeßgerichts Bericht zu erstatten.

§ 354. § 354.

Erfolgt die Weigerung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, so
die Erklärungen des Zeugen, wenn sie nicht schriftlich oder zum Protokolle des Ger
schreibers abgegeben sind, nebst den Erklärungen der Parteien in das Protokoll
zunehmen.

Zur mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte werden der Zeug
die Parteien von Amtswegen geladen.

Auf Grund der von dem Zeugen und den Parteien abgegebenen Erklär
hat ein Mitglied des Prozeßgerichts Bericht zu erstatten. Nach dem Vortrag
Berichterstatters können der Zeuge und die Parteien zur Begründung ihrer A
das Wort nehmen; neue Thatsachen oder Beweismittel dürfen nicht geltend ge
werden.

Folgen unrechtmäßiger Weigerung.

§ 355. § 355.

Wird das Zeugniß oder die Eidesleistung ohne Angabe eines Grundes
nachdem der vorgeschützte Grund rechtskräftig für unerheblich erklärt ist, verwe
so ist der Zeuge, ohne daß es eines Antrags bedarf, in die durch die Weigerung
ursachten Kosten sowie zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark und für den
daß diese nicht beigetrieben werden kann, zur Strafe der Haft bis zu sechs W
zu verurtheilen.

§§ 345, 374. St. P. O. § 69. Ger. K. G. § 47 Nr
R. A. G. O. § 23 Nr. 1.

Im Falle wiederholter Weigerung ist auf Antrag zur Erzwingung des
nisses die Haft anzuordnen, jedoch nicht über den Zeitpunkt der Beendigung des

Digitized by Google

zesses in der Instanz hinaus. Die Vorschriften über die Haft im Zwangsvollstreckungsverfahren finden entsprechende Anwendung.

§§ 597 Abs. 4, 782 ff.

Gegen diese Beschlüsse findet die Beschwerde statt.

Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht.

§§ 793, 794.

Unterschied der Verfahren nach § 352 (367) und § 355 (367) der R. C. P. O., insbesondere in Betreff der Rechtsmittel. (R. G. 16. I. 84.) S. hierüber bei § 352 ad A. IX. (79.) 356. 357.

Beeidigung.

§ 356. **§ 356.**

Jeder Zeuge ist einzeln und vor seiner Vernehmung zu beeidigen; die Beeidigung kann jedoch aus besonderen Gründen, namentlich wenn Bedenken gegen ihre Zuverlässigkeit obwalten, bis nach Abschluß der Vernehmung ausgesetzt werden.

Die Parteien können auf die Beeidigung verzichten.

§§ 577, 444 Abs. 3. St. P. O. § 60.

1. **Von der Beeidigung eines Zeugen darf lediglich deßhalb, weil derselbe trotz der Beeidigung unglaubwürdig sei, nicht Umgang genommen werden.** Die Beeidigung der Zeugen gehört zur Wesenheit der Zeugenvernehmung, sie ist im öffentlichen Interesse, zur Sicherheit der Rechtspflege vorgeschrieben. (B. O. L. 28. X. 81.) S. IX. (96.) 312.

2. **Eine gegen die gesetzliche Form verstoßende Beeidigung von Zeugen muß von dem erschienenen Parteivertreter in der auf die Vernehmung der Zeugen unmittelbar folgenden mündlichen Parteiverhandlung bei Vermeidung des Ausschlusses angefochten werden.** (B. O. L. 10. IV. 83.) S. X. (26.) 65. 66. S. hierüber bei § 267 Abs. 1.

3. **Die Nichtbeachtung der Vorschriften der §§ 356, 357 (358) der R. C. P. O., daß jeder Zeuge beeidet werden müsse, ist ein Revisionsgrund.** (R. G. 15. XI. 82.) S. hierüber bei § 259 ad R. C. VIII. (121.) 408. 409. A. VII. (56.) 183. 184.

§ 357. **§ 357.**

Der vor der Vernehmung zu leistende Eid lautet:

daß Zeuge nach bestem Wissen die reine Wahrheit sagen, nichts verschweigen und nichts hinzusetzen werde;

der nach der Vernehmung zu leistende Eid lautet:

daß Zeuge nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt, nichts verschwiegen und nichts hinzugesetzt habe.

Ueber die Nichtbeachtung der Vorschriften des § 357 (358) der R. C. P. O., daß jeder Zeuge beeidet werden müsse, s. (R. G. 15. XI. 82) bei § 259 ad R. C. VIII. (121.) 408. 409. A. VII. (56.) 183. 184.

§ 358. **§ 358.**

Unbeeidigt sind zu vernehmen:

1. Personen, welche zur Zeit der Vernehmung das sechszehnte Lebensjahr noch nicht vollendet oder wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen Verstandesschwäche von dem Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben;

St. P. O. § 56.

Digitized by Google

2. Personen, welche nach den Bestimmungen der Strafgesetze unfähig sind Zeugen eidlich vernommen zu werden;

St. G. B. § 161.

3. die nach § 348 Nr. 1—3 und § 349 Nr. 1, 2 zur Verweigerung Zeugnisses berechtigten Personen, sofern sie von diesem Rechte keinen Geb machen, die im § 349 Nr. 1, 2 bezeichneten Personen jedoch nur wenn sie lediglich über solche Thatsachen vorgeschlagen sind, auf welch das Recht zur Verweigerung des Zeugnisses bezieht;
4. Personen, welche bei dem Ausgange des Rechtsstreits unmittelbar bet sind.

Das Prozeßgericht kann die nachträgliche Beeidigung der unter den beiden Nummern bezeichneten Personen anordnen.

Abs. 1. Ziff. 3. S. bei Ziff. 4 Nr. 1.

1. **Ziff. 4. Eine Feststellung darf auf die Aussage eines der in § Nr. 3. 4 C. P. O. bezeichneten Zeugen gegründet werden, wenn der unbeeidigt geblieben ist.** Die Civilprozeßordnung unterscheidet in B auf die Beeidigung drei Klassen von Zeugen, nämlich: 1. Zeugen, w mangels Verzichtes der Parteien auf die Beeidigung stets zu beeid sind; diese Klasse bildet die Regel (§ 356 R. C. P. O.); 2. Zeu deren nachträgliche Beeidigung das Prozeßgericht anordnen kann (§ Nr. 3. 4 a. a. O.); 3. Zeugen, welche niemals beeidigt werden di (§ 358 Nr. 1. 2. a. a. O.). Stützt der Richter seine Ueberzeu auf die Aussage eines nicht beeidigten Zeugen der ersten Klasse, so letzt er die §§ 356. 259 a. a. O.; denn in dem letzteren Paragra ist unter „einer etwaigen Beweisaufnahme" nur eine den Vorschr des Gesetzes entsprechende Beweisaufnahme zu verstehen. (Vgl. E des R. G.'s in Civils. Bd. 8 S. 408 ff.) In diesem Sinne kann mit den Motiven (S. 256; vgl. Hahn, Materialien S. 315) d sprechen, daß die Regel der eidlichen Vernehmung der Zeugen eine schränkung des Prinzipes der freien Beweiswürdigung ist. Eine Verletzung liegt aber nicht vor, wenn der Richter seine Ueberzeugung die Aussage eines nicht beeidigten Zeugen der zweiten Klasse grü Denn, da der letzte Absatz des § 358 a. a. O. die nachträgliche Be gung eines solchen Zeugen in sein Ermessen stellt und damit eine drückliche Ausnahme von der als Regel geltenden Nothwendigkeit Zeugenbeeidigung statuirt, so kann man die Verletzung eines Gesetzes daraus herleiten, daß dieses dem Richter überlassene Ermessen zu dem Beschlusse geführt hat, die nachträgliche Beeidigung sei nicht zuordnen. Eine solche Beweisaufnahme entspricht dem Gesetze und daher nach § 259 a. a. O. eine geeignete Grundlage für die Gewin der Ueberzeugung des Richters. Die freie Beweiswürdigung ist in sol Falle durch die Nothwendigkeit der Beeidigung des Zeugen nicht schränkt. (R. G. 28. XII. 83.) R. C. X. (137.) 416. 417.

2. **Für die Frage, ob die Bestimmung des § 358 Ziff. 4 anwen ist, kommt es nicht darauf an, ob die von dem Zeugen zu machende A sage ihn eventuell, nämlich wenn sie in einer bestimmten Richtung unmittelbar benachtheiligt, sondern darauf, ob der Ausgang des P zesses ihm unmittelbar einen Vortheil oder Nachtheil bringt.** Vgl. Ausführungen in dem Erkenntniß des O. L. G. zu Lübeck in Kieru Sammlung Bd. 3 Nr. 116, welche zwar unmittelbar die Frage betre wann ein unmittelbares Interesse des Zeugen bei der Sache, welches

Digitized by Google

inhabil macht, anzunehmen ist. Das R. G. hat auch in einer Entscheidung (vgl. juristische Wochenschrift 1885 S. 242) ausgesprochen, daß Agenten und Handlungsgehülfen wegen eines ihrerseitigen finanziellen Interesse nicht bloß unmittelbar betheiligt beim Ausgang des Rechtsstreits anzusehen sind, dieses vielmehr nur als thatsächliches Interesse bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen ist. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 7. März 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 259 S. 365.

3. Es ist schwierig, zu einer unanfechtbaren, klaren und erschöpfenden Feststellung der vom Gesetze gewollten Bedeutung der Bestimmung des § 358 Ziff. 4 C. P. O. zu gelangen. Diese Schwierigkeit entsteht dadurch, 1. daß die Gesetzesworte keine schon feststehende, juristisch-technische oder auch in der gewöhnlichen Sprache unzweifelhafte Bedeutung haben, daß insbesondere die Terminologie der Doktrin des gemeinen Civilprozesses in der Materie von den relativ untüchtigen Zeugen sich nicht gut verwerthen läßt, weil dieselbe schwankt, auch vorwiegend angenommen wird, nur die Parteien besäßen ein unmittelbares Interesse am Ausgange des anhängigen Prozesses, ein mittelbares Interesse alle diejenigen, welche als Nebenintervenienten aufgetreten seien oder aufzutreten berechtigt gewesen wären; 2. daß in der Begründung des Civilprozeßordnungsentwurfes von 1874 und in den konnexen Kommissionsprotokollen sich verwerthbare Erläuterungen nicht finden; 3. daß allerdings, wenn man die Entstehungsgeschichte der zu interpretirenden Gesetzesstelle weiter zurückverfolgt, ersichtlich ist, daß diese Gesetzesstelle sich aus dem § 338 Abs. 2 des von der deutschen Civilprozeßkommission zu Hannover ausgearbeiteten Entwurfes einer allgemeinen deutschen Civilprozeßordnung 1. Lesung, dem § 342 Abs. 2 2. Lesung, dem Art. 296 des Entwurfes der württembergischen Civilprozeßordnung (dann § 486 der württembergischen Civilprozeßordnung selbst), den § 327 Ziff. 4 des preußischen Entwurfes der deutschen Civilprozeßordnung von 1871 entwickelt hat; daß aber in den Begründungen dieser Entwürfe (insoweit dieselben sich überhaupt mit der Bedeutung „der unmittelbaren Betheiligung beim Ausgange des Rechtsstreites" beschäftigen) eine entschiedene Unsicherheit zu Tage tritt, sodaß in der Begründung des Entwurfes der württembergischen Civilprozeßordnung geradezu gesagt wird, es sei nicht möglich, gesetzliche Kategorien unmittelbar beim Ausgange des Rechtsstreites betheiligter Personen zu fixiren, während bei den sehr umfänglichen deßfallsigen Berathungen in der 134. und 136. Sitzung der obenerwähnten Civilprozeßkommission zu Hannover wiederholt die Unbestimmtheit und Vieldeutigkeit der damals erörterten, später in die Bestimmung des § 358 Ziff. 4 C. P. O. übergegangenen Ausdrücke hervorgehoben und die Hoffnung ausgesprochen wird, daß die Rechtsprechung Abhilfe für die daraus entstehende Unsicherheit schaffen werde. Das scheint indessen nach dem sonstigen Inhalte der Civilprozeßordnung unzweifelhaft, daß die Subjekte des Rechtsstreites, d. h. die Personen, welche das streitige Recht im Prozesse für sich verfolgen oder ablehnen, überhaupt nicht Zeugen, also auch nicht im Sinne des § 358 Ziff. 4 unmittelbar bei dem Ausgange des Rechtsstreites betheiligte Personen sein können. Betrachtet man ferner die Verschiedenheit des Ausdruckes in dem § 349 Ziff. 1 von der Ausdrucksweise in Ziff. 4 des § 358 C. P. O. und die Bezugnahme jenes § 349 Ziff. 1 im § 358

Digitized by Google

Ziff. 3 C. P. O.; vergleicht man dann den gesetzlichen Sprachgebrauch im Tit. 3 des zweiten Abschnittes im ersten Buche der Civilprozeßordnung „Von der Betheiligung Dritter am Rechtsstreite" und setzt man damit die obenerwähnten Verhandlungen der Civilprozeßkommission zu Hannover in Beziehung, so **ergibt sich, daß das Gesetz unter den im § 358 Ziff. 4 a. a. O. bezeichneten Personen nicht solche Personen versteht, welche nur ein faktisches wirthschaftliches Interesse an der Thatsache der Entscheidung des Rechtsstreites in diesem oder jenem Sinne besitzen, sondern nur solche Personen, deren Rechtskreis oder Pflichtenkreis in rechtlichem Zusammenhange mit dem Streitverhältnisse steht und durch den Ausgang des Rechtsstreites beeinflußt wird.** (R. G. 15. XI. 82.) R. C. VIII. (121.) 411. 412.

4. **Begriff der Worte: „bei dem Ausgang des Rechtsstreites unmittelbar betheiligte Person".** Ein rein thatsächliches Interesse einer als Zeuge vorgeschlagenen Person an dem Ausgange eines Rechtsstreites der Prozeßparteien kann sich als relevant erweisen bei der Abwägung des Gewichts ihrer prozeßgerecht abgegebenen Zeugenaussage für die Vermittelung der richterlichen Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit derjenigen Parteibehauptung, über welche jene Aussage abgegeben war. Ein solches rein thatsächliches Interesse rechtfertigt es dagegen nicht, die betreffende Person als Zeugen zu vernehmen und nicht als Zeugen zu beeidigen, sei es nun auf Grund der rechtsirrigen Annahme, daß ein Interesse der gekennzeichneten Art eine unmittelbare Betheiligung bei dem Ausgange des Rechtsstreites im Sinne des § 358 Nr. 4 der C. P. O. erzeuge, sei es (ohne diesen Rechtsirrthum) wegen des Einflusses, welchen ein solches thatsächliches Interesse auf die Wahrhaftigkeit des Zeugen äußern kann. Schon in der Begründung des Entwurfs der C. P. O. (S. 256) ist mit Recht hervorgehoben, daß es geboten sei, den Parteien eine formelle Garantie für die Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen zu gewähren, und daß dieser Gesichtspunkt es verbiete, die Beeidigung der Zeugen ausschließlich dem Ermessen des Gerichts zu überlassen. In jener Begründung wird diese Beschränkung des richterlichen Ermessens in Bezug auf die Zeugenbeeidigung (ob theoretisch mit Recht? mag dahingestellt bleiben, aber jedenfalls in sehr charakteristischer Weise für die Auffassung des Verfassers der Motive, daß den Gerichten eine solche Beschränkung auferlegt werden solle) als eine angemessene Beschränkung des Prinzips der freien Beweiswürdigung bezeichnet. Es ergibt sich aus dieser Ausführung, daß, wenn es auf derselben Seite einige Zeilen weiter heißt: „Die unbeeidigte Vernehmung von Zeugen gestattet der Entwurf in den Fällen des § 345 (jetzt § 358 der C. P. P.) und überweist im Interesse der Ermittelung materieller Wahrheit die Würdigung des Werths unbeeidigter Zeugenaussagen gleich dem gesammten Beweismaterial der freien Würdigung des Richters", dieser Satz dahin zu verstehen ist, daß die freie Würdigung unbeeidigter Zeugenaussagen seitens des Gerichts dann als Ausnahme von der Regel eintrete, wenn ein Zeuge, welcher zu den im § 345 des Entwurfs (jetzt § 358 der C. P. O.) gekennzeichneten Personen gehöre, unbeeidigt vernommen und seine nachträgliche Beeidigung nicht angeordnet worden sei. (Vgl. die Urtheile des R. G.: „1) I. Civilsenats vom 15. November 1882, Rep. I 401/82" (Annalen Bd. VI.

Digitized by Google

S. 183; Entsch. Bd. VIII S. 121), „mit welchen übereinstimmt das Urtheil vom 3 Januar 1885, Rep. I 379/84" (Urtheile u. Annalen Bd. 1 S. 308). — „2) IV. Civilsenates vom 28. Dezember 1883, Rep. IV 367/83 (Entsch. Bd. X S. 137); zur Anregung auch das Urtheil desselben Senats vom 27. September 1883, Rep. IV 229/83" (Annalen Bd. VIII S. 434; Entscheidungen Bd. X S. 114). — „3) V. Civilsenats vom 21. November 1883, Rep. V 227/83, und vom 14. Juni 1884, Rep. V 32/84, in den Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts Bd. XXVIII S. 1149 bis 1151." — (R. G. 20. V. 85.) U. u. A. II. (168.) 376. 377.

5. **Unmittelbare Betheiligung eines Zeugen am Ausgange des Rechtsstreites.** Hier folgender Fall: Ist die Zustellung der Berufungsschrift in Folge ungehöriger Ausführung derselben rechtsunwirksam und somit die Berufung versäumt worden, so haftet der Gerichtsvollzieher seinem Auftraggeber, dem Berufungskläger, für den demselben hieraus entstandenen Schaden. Nun würde zwar durch ein wegen Ungehörigkeit der Zustellung die Berufung als unzulässig verwerfendes Urtheil noch keineswegs die Schadensersatzpflicht des Zeugen seinem Auftraggeber gegenüber festgestellt sein; allein durch ein die Zulässigkeit der Berufung aussprechendes Urtheil wird auch der Zeuge ohne Weiteres befreit von der ihn wegen seines ungehörigen Verfahrens bedrohenden Ersatzverbindlichkeit und deßhalb ist ihm mit Recht ein unmittelbares Interesse an dem Ausgange des jetzigen Rechtsstreites zugeschrieben. (R. G. 18. I. 87.) R. C. XVII. (101.) 405. 406.

6. **Der Gemeinschuldner gehört in einem von dem Konkursverwalter angestellten Aktivprozesse zu den Personen des § 358 Ziff. 4 der R. C. P. O.** Der Klaganspruch wird verfolgt als ein Stück des einer Zwangsvollstreckung unterliegenden, dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung gehörigen Vermögens. Durch die Konkurseröffnung wird für die Dauer des Konkurses das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gemeinschuldners an diesem Vermögen vollständig aufgehoben durch das kraft Gesetzes für die Konkursgläubiger entstandene, durch die zu ihrer gesetzlichen Vertretung bestehenden Organe ausgeübte Verwaltungs- und Verfügungsrecht in eigenem Interesse über die ihnen fremden, nämlich nach wie vor dem Gemeinschuldner zugehörigen, die Konkursmasse bildenden Sachen und Rechte. Der Gemeinschuldner ist nicht Prozeßpartei, aber der streitige Anspruch ist Bestandtheil seines Vermögens. Erhält er auch nicht das im Falle des Prozeßgewinnes auf Grund des gefällten Urtheiles Beigetriebene zu beliebiger Verwendung, wird jenes Beigetriebene vielmehr zur Konkursmasse eingezogen und an die Konkursgläubiger vertheilt, so werden doch dadurch seine Schulden entsprechend getilgt, während im Falle des Prozeßverlustes Pflichten auf Kostenerstattung entstehen, welche aus seinem, die Konkursmasse bildenden Vermögen zu erfüllen sind. Durch den Ausgang des Rechtsstreites wird also der Kreis seiner Rechte und Pflichten, welcher rechtlich auf das engste mit dem Streitverhältnisse zusammenhängt, beeinflußt. Der Gemeinschuldner ist unmittelbar bei dem Ausgange des Rechtsstreites betheiligt, also auch (wenn vorausgesetzt wird, daß ein Interesse am Ausgange des Rechtsstreites überhaupt Veranlassung geben könne, einen für den Ausgang in einer diesem Interesse günstigen

Digitized by Google

Richtung wesentlichen Thatbestand wahrheitswidrig als Zeuge zu bei
heiten) trotz der Einleitung des Konkurses über sein Vermögen h
interessirt, bei seiner Vernehmung über den klagbegründenden Thatbe
wenn letzterer in Wirklichkeit nicht existirte, die Unwahrheit zu s
(R. G. 15. XI. 82.) R. C. VIII. (121.) 413.

7. **Nr. 4. In einem Civilprozesse, in welchem eine offene Ha
gesellschaft in Liquidation, vertreten durch die Liquidatoren, als Prozeß
streitet, darf einer der Gesellschafter, welcher nicht Liquidator ist, nich
Zeuge vernommen werden.** (R. G. 15. XII. 86.) R. C. XVII.
365 ff.

S. noch bei § 338.

8. **Abs. 2.** Zu den Personen, welche als Zeugen niemals, nicht nachträglich, beeidigt werden dürfen, gehören nur die in § unter Ziff. 1 und 2 bezeichneten, während es in Betreff der daselbst Ziff. 3 und 4 aufgeführten Personen in dem freien Ermessen des Pr gerichtes steht, ob sie nachträglich zu beeidigen sind oder nicht. **Es also ein Zeuge, welcher ursprünglich selbst Partei gewesen und bei Ausgange des Prozesses auch jetzt betheiligt ist, nachträglich beeidigt w** selbst dann, wenn in dem Prozesse ein von dem Zeugen hergeleitetes verfolgt wird. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 8 S. Das letztere ergibt sich aus der Bestimmung des § 350 Ziff. 4 C. P in Verbindung mit § 349 Ziff. 1 daselbst, nach welcher auch bei Fr deren Beantwortung dem Zeugen oder einer Person, zu welcher einem der im § 348 Ziff. 1—3 bezeichneten Verhältnisse steht, einen mittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde, das Ze nicht verweigert werden darf über diejenigen auf das streitige R verhältniß sich beziehenden Handlungen, welche von dem Zeugen selbs Rechtsvorgänger (oder Vertreter) einer Partei vorgenommen sein s (R. G. 14. II. 85.) R. C. XIII. (115.) 416—418.

9. **Ablehnung der beantragten nachträglichen Beeidigung eine Zeugnißverweigerung berechtigten Zeugen.** Von der dem Gericht eingerä Befugniß, die nachträgliche Beeidigung eines Zeugen, welcher sein Ze verweigern darf, anzuordnen, wird es verständigerweise nur in s Fällen Gebrauch machen, wo das abgelegte Zeugniß einen positive die Entscheidung erheblichen Inhalt hat, von welchem das Gerich Gunsten der einen oder der anderen Partei Gebrauch zu machen sich anlaßt findet oder doch möglicher Weise sich wird veranlaßt finden kö Hier wird die Ableistung des Zeugeneides das Gewicht des Zeug steigern, die Eidesweigerung dasselbe beseitigen; somit wird das Verh des Zeugen gegenüber der ihm angesonnenen Beeidigung für die En dung möglicher Weise ausschlaggebend werden. Wenn dagegen da gegebene Zeugniß lediglich negativen Inhalts und somit weder die eidigung desselben noch eine etwaige Eidesweigerung die zu fä Entscheidung irgendwie zu beeinflussen geeignet ist, würde die gleic geschehene Anordnung der Beeidigung des Zeugnisses einzig und aus dem Gesichtspunkt eines auf den Zeugen zu übenden Zwanges ihn zu einer eventuellen Aenderung seiner Aussage zu drängen, Sinn Bedeutung haben können. In diesem Sinn würde aber die Anord auf einen leeren Schein hinauslaufen, da in Wirklichkeit dem Gerich

Digitized by Google

Zwangsrecht gegen den Zeugen nicht zusteht. Unter solchen Umständen von der in das Ermessen des Gerichts gestellten Befugniß Gebrauch zu machen, würde dem Geiste des Gesetzes zuwiderlaufen. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 21. September 1885. S. A. Bd. 12 bezw. 42 (70.) 101. 102.

Vernehmung.

§ 359. **§ 359.**

Jeder Zeuge ist einzeln und in Abwesenheit der später abzuhörenden Zeugen zu vernehmen.

Zeugen, deren Aussagen sich widersprechen, können einander gegenüber gestellt werden.

St. P. O. § 58.

1. Der § 359 Abs. 1 ist nicht auf Sachverständige anwendbar. Entsch. des R. G. v. 3./11. 83.

2. **Wenn eine bei einer Streitsverhandlung als Zuhörer erschienene Person auf Antrag einer Partei darin als Zeuge vernommen worden ist, so kann deren Abhör nicht deßhalb beanstandet werden, weil sie bei der vorher stattgehabten Vernehmung anderer Zeugen zugegen gewesen ist.** Die Bestimmung des § 359 Abs. 1 findet bloß in Bezug auf solche Personen Anwendung, welche die Eigenschaft von Zeugen bereits erlangt haben, sonach gemäß § 338 der R. C. P. O. in dieser Eigenschaft schon benannt sind. (B. O. L. 10. IV. 83.) S. X. (28.) 70.

Generalia.

§ 360. **§ 360.**

Die Vernehmung beginnt damit, daß der Zeuge über Vornamen und Zunamen, Alter, Religionsbekenntniß, Stand oder Gewerbe und Wohnort befragt wird. Erforderlichenfalls sind ihm Fragen über solche Umstände, welche seine Glaubwürdigkeit in der vorliegenden Sache betreffen, insbesondere über seine Beziehungen zu den Parteien vorzulegen.

St. P. O. § 67.

Spezialia.

§ 361. **§ 361.**

Der Zeuge ist zu veranlassen, dasjenige, was ihm von dem Gegenstande seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhange anzugeben.

Zur Aufklärung und zur Vervollständigung der Aussage, sowie zur Erforschung des Grundes, auf welchem die Wissenschaft des Zeugen beruht, sind nöthigenfalls weitere Fragen zu stellen.

Der Vorsitzende hat jedem Mitgliede des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen.

St. P. O. §§ 68, 239.

Der Zeuge darf, ohne zuvor mündlich eine zusammenhängende Darstellung seiner Wissenschaft über die unter sein Zeugniß gestellten Thatsachen zu geben, nicht auf ein über seine Wissenschaft verfaßtes, dem Gerichte überreichtes Schriftstück Bezug nehmen. Denn nach § 361 C. P. O. ist der Zeuge zu veranlassen, dasjenige, was ihm von dem Gegenstande seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhange anzugeben, das heißt mündlich dem Gerichte mitzutheilen, und es ist nicht zulässig,

Digitized by Google

auf ein über seine Kenntniß verfaßtes Schriftstück Bezug zu nehmen. (R. G. 1. VI. 86.) R. C. XVI. (22.) 116.

§ 362.

§ 362.

Die Parteien sind berechtigt, dem Zeugen diejenigen Fragen vorlegen zu lassen, welche sie zur Aufklärung der Sache oder der Verhältnisse des Zeugen für dienlich erachten.

Der Vorsitzende kann den Parteien gestatten, und hat ihren Anwälten auf Verlangen zu gestatten, an den Zeugen unmittelbar Fragen zu richten.

Zweifel über die Zulässigkeit einer Frage entscheidet das Gericht.

Gegen die Entscheidung des Gerichts über die Zulässigkeit einer Frage an Zeugen oder Sachverständige ist Beschwerde nicht statthaft. Nach § 362 vgl. § 367 der C. P. O. entscheidet bei Zweifeln über die Zulässigkeit einer Frage an Zeugen oder Sachverständige das Gericht. Es schlägt aber ferner hier auch die Vorschrift des § 131 ein, wonach, wenn eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden von einer bei der Verhandlung betheiligten Person als unzulässig beanstandet wird, das Gericht entscheidet. Beide Paragraphen sind erst nach langer Diskussion in der jetzigen Fassung angenommen worden (Hahn Materialien S. 633, 954, 1065, 1075, 1172, 1180, 1202, 315, 635, 976) und enthalten eine Ausnahme von der allgemeinen Vorschrift der §§ 531 und 532 der C. P. O., wonach über die Beschwerde, welche gegen eine Entscheidung des Gerichts oder dessen Vorsitzenden angebracht wird, das im Instanzenzug höhere Gericht zu entscheiden hat. Aus den schon allegirten Motiven zur C. P. O. (vgl. Hahn Materialien S. 633 ff.) ergibt sich unzweifelhaft, daß die gesetzgebenden Faktoren darüber einverstanden waren, daß gegen die im § 131 erwähnten Anordnungen des Vorsitzenden, welche die Sachleitung betreffen, das Rechtsmittel der Beschwerde (nach § 530 ff. der C. P. O.) nicht Platz greift. Denn hätte man gegen derartige Anordnungen des Vorsitzenden die Beschwerde des § 532 zulassen wollen, so konnte nicht davon die Rede sein, „daß man ihn nicht mit einer Allmacht ausrüsten dürfe, die den Schwerpunkt der ganzen Rechtsprechung in seine Hände legen würde". Auch findet die Beschwerde nach § 530 nur gegen solche eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen statt, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist, nicht aber gegen eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden. Aus alle dem folgt, daß in den Fällen der §§ 131 und 362 der C. P. O., wenn eine Anordnung des Vorsitzenden in Bezug auf die Sachleitung als unzulässig (nicht also bloß als inopportun) angefochten wird oder wenn über die Zulässigkeit einer Frage bei Zeugen- oder Sachverständigen-Vernehmungen Zweifel entstehen, das Gericht endgültig entscheidet. Beschluß des O. L. G. zu Jena v. 2. Febr. 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 155 S. 225. 226.

§ 363.

§ 363.

Das Prozeßgericht kann nach seinem Ermessen die wiederholte Vernehmung eines Zeugen anordnen.

Hat ein beauftragter oder ersuchter Richter bei der Vernehmung die Stellung der von einer Partei angeregten Frage verweigert, so kann das Prozeßgericht die nachträgliche Vernehmung des Zeugen über diese Frage anordnen.

Bei der wiederholten oder der nachträglichen Vernehmung kann der Richter statt der nochmaligen Beeidigung den Zeugen die Richtigkeit seiner Aussage unter Berufung auf den früher geleisteten Eid versichern lassen.

St. P. O. §§ 66, 239.

Digitized by Google

Die abermalige Vernehmung eines Zeugen unterliegt auch in dem Falle dem richterlichen Ermessen, wenn die Vernehmung von der Partei beantragt war. Entsch. des R. G. v. 4./2. 81.

§ 364. § 364.

Die Partei kann auf einen Zeugen, welchen sie vorgeschlagen hat, verzichten, der Gegner kann aber verlangen, daß der erschienene Zeuge vernommen und, wenn die Vernehmung bereits begonnen hat, daß dieselbe fortgesetzt werde.

§ 365. § 365.

Der mit der Beweisaufnahme betraute Richter ist ermächtigt, im Falle des Nichterscheinens oder der Zeugnißverweigerung die gesetzlichen Verfügungen zu treffen, auch dieselben, soweit dieses überhaupt zulässig ist, selbst nach Erledigung des Auftrags wieder aufzuheben, über die Zulässigkeit einer dem Zeugen vorgelegten Frage vorläufig zu entscheiden und die nochmalige Vernehmung eines Zeugen vorzunehmen.

§ 346. St. P. O. § 69 Abs. 3.

Gebühren.

§ 366. § 366.

Jeder Zeuge hat nach Maßgabe der Gebührenordnung auf Entschädigung für Zeitversäumniß und, wenn sein Erscheinen eine Reise erforderlich macht, auf Erstattung der Kosten Anspruch, welche durch die Reise und den Aufenthalt am Orte der Vernehmung verursacht werden.

Geb. O. für Zeugen und Sachverständige v. 30./6. 78. § 2 Zeugengebühren 10—100 ℳ § 3 Sachverständigengebühren 1—2 ℳ. pro Stunde bis zu 10 Stunden pro Tag.

St. P. O. § 70.

Achter Titel.

Beweis durch Sachverständige (§§ 367—379).

§ 367. § 367.

Auf den Beweis durch Sachverständige finden die Vorschriften über den Beweis durch Zeugen entsprechende Anwendung, insoweit nicht in den nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten sind.

E. G. § 13 Abs. 4. Ger. V. G. § 118. C. P. O. §§ 407, 597, 599.

Mehrere Sachverständige können ihr Gutachten gemeinsam erstatten. Aus der Bestimmung des § 367 C. P. O. ist zwar von einigen Auslegern (vgl. Puchelt, Kommentar Bd. 2 S. 211; Hellmann, Bd. 2 S. 258 f.; v. Bülow, 2. Aufl. Anm. 1 zu § 376 S. 279; Kleiner, Bd. 2 S. 350) gefolgert worden, daß dem Gebote des § 359 Abs. 1: „Jeder Zeuge ist einzeln und in Abwesenheit der später abzuhörenden Zeugen zu vernehmen", auch bei der Vernehmung von Sachverständigen überhaupt oder doch bei der mündlichen Vernehmung nachgegangen werden müsse. Dieser Ansicht ist jedoch nicht beizustimmen. Der preußische Entwurf einer Prozeßordnung von 1864 enthielt in den §§ 475 und 498 gleichartige Vorschriften, wie §§ 359. 367 C. P. O., bestimmte aber daneben noch in § 506 a. a. O.: „Mehrere Sachverständige können ihr Gutachten gemeinsam zu Protokoll erklären oder schriftlich erstatten". In den Motiven S. 114 wird dazu gesagt: „Die Sachverständigen sind hiernach berechtigt, sich mit einander zu benehmen; die Befugniß ist nicht gefährlich, sondern im Gegentheile geeignet, den Zweck, eine gründliche und unparteiische Aufklärung zu erhalten, erheblich zu fördern." Die

Digitized by Google

beiden Entwürfe einer deutschen Civilprozeßordnung aus den Jahren 1871 und 1872 stimmen in den §§ 329. 337 und §§ 340. 348 wörtlich mit den §§ 359. 367 C. P. O. überein und sehen gleichwohl ebenso, wie letztere, von einer, den § 506 des preußischen Entwurfes wiedergebenden Vorschrift, ab. Indessen bemerken die Motive beider Entwürfe (S. 337 und S. 330): Das Ermessen des Gerichtes entscheide, ob das Gutachten mündlich oder schriftlich, ob es von mehreren Sachverständigen gemeinsam, unter Hervorhebung der etwaigen abweichenden Ansichten, oder getrennt zu erstatten sei, und die nämliche Bemerkung findet sich in den Motiven zu § 356 des Civilprozeßordnungs-Entwurfes (S. 259). Hier ist noch auf § 506 des preußischen Entwurfes Bezug genommen. Wäre nun auch diesen Vorgängen und namentlich den angeführten Motiven zur Civilprozeßordnung entscheidendes Gewicht bei der Erforschung des Gesetzinhaltes abzusprechen, wäre also nicht schon daraus abzuleiten, daß die Zulässigkeit gemeinschaftlichen Gutachtens mehrerer Sachverständiger für selbstverständlich angesehen und daß nur deßhalb eine hierauf bezügliche Vorschrift unterlassen wurde, so stände doch der Anwendung des ersten Absatzes von § 359 a. a. O auf den Sachverständigenbeweis folgendes entgegen. Die Civilprozeßordnung behandelt die Sachverständigen als Gehilfen (Berather) des Richters. Damit erklären sich die meisten Abweichungen des Verfahrens beim Beweise durch Sachverständige von dem Verfahren beim Beweise durch Zeugen. Beträchtliche Unterschiede zeigt insbesondere die Form der Beweiserhebung. Dem Ermessen des Gerichtes ist für den Sachverständigenbeweis gerade hier ein weiterer Raum gelassen. Während die Zeugenvernehmung regelmäßig bloß im Wege mündlicher Verhandlung vor sich gehen kann, darf sich das Gericht bei Sachverständigen auch mit schriftlichen Auslassungen begnügen. Das schriftliche Gutachten ist lediglich an die in § 376 Abs. 1 a. a. O. bezeichnete Form gebunden. Demnach ist nicht vorgeschrieben, daß mehrere Sachverständige das schriftliche Gutachten getrennt erstatten sollen; ebensowenig ist den Sachverständigen untersagt, sich miteinander zu besprechen. In dem nicht seltenen Falle völliger Uebereinstimmung der Sachverständigen würde auch die Erstattung getrennter gleichlautender Gutachten auf eine durchaus zwecklose Weiterung hinauskommen. Somit **unterliegt es keinem Zweifel, daß die Vereinigung mehrerer Sachverständigen zur Erstattung eines einzigen schriftlichen Gutachtens den Vorschriften der Civilprozeßordnung nicht entgegenläuft. Ganz dasselbe muß dann aber auch von dem mündlichen Gutachten gelten.** Denn es läßt sich nicht absehen, warum bei dem mündlichen Gutachten verboten sein sollte, was bei dem schriftlichen erlaubt ist. Ohnehin aber paßt die Bestimmung des ersten Absatzes von § 359 C. P. O. nicht vollständig auf den Beweis durch Sachverständige; weder den Worten, noch dem Grunde nach. Zu einer eigentlichen „Vernehmung" der Sachverständigen, d. h. zur mündlichen Befragung durch Richter, Parteien und Anwälte (§ 361. 362 C. P. O.) kommt es überhaupt nicht, wenn das Gericht schriftliche Begutachtung anordnet und für ausreichend hält. Auch der Grund, welcher die Einzelbefragung der Zeugen rathsam erscheinen läßt, trifft bei dem Sachverständigenbeweise nicht zu. Das Alleinverhör der Zeugen soll die Unbefangenheit ihrer Aussage wahren. Derartige Vorsichtsmaßregeln

Digitized by Google

bedarf es bei Sachverständigen nicht. Von ihnen ist vorauszusetzen, daß sie selbständig denken und urtheilen, sich durch die Meinungsäußerungen anderer nicht beeinflussen lassen; sonst könnten sie nicht die Stellung von Richtergehilfen einnehmen. Endlich kommt in Betracht, daß Abs. 1 des § 359 a. a. O. nur eine Regel bestätigt, welche von jeher allgemein geltendes Prozeßrecht war (Motive zu §§ 345—349 C. P. O. S. 255), welche aber, wenigstens im Gebiete des gemeinen Prozesses, eben lediglich für das Zeugenverhör, nicht auch für den Beweis durch Sachverständige galt. (Vgl. Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 2. Aufl. Bd. 2 Nr. 45 § 10 a. E. S. 444; Nr. 53 § 1 S. 539). (R. G. 3. XI. 82.) R. C. VIII. (95.) 343—346. A. VII. (23.) 82—84.

1. Beweisantretung.

§ 368. **§ 368.**

Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte.

Durch eine mit der Klage zugestellte Erklärung von Sachverständigen kann der Beweis des Klagegrundes nicht für geführt erachtet werden. Ein Urkundenbeweis kommt hier nicht in Frage, die Anlage der Klage läßt sich nur als die Angabe dessen, was Kläger beweisen will, ansehen; dies in Verbindung mit Berufung auf die Aussteller als Sachverständige ist lediglich ein Beweisantritt nach § 368 C. P. O. Die Zustellung einer von Sachverständigen dem Kläger gegenüber abgegebenen Erklärung kann nicht die durch § 320 a. a. O. vorgeschriebene gerichtliche Aufnahme eines Beweises ersetzen, welche für den Beweis durch Sachverständige durch deren Auswahl, Ladung und Vereidigung zu beginnen und durch ihre gerichtliche Vernehmung zu erfolgen hat, während bei Anordnung schriftlicher Begutachtung die Gutachten von den Sachverständigen der Gerichtsschreiberei einzureichen sind. Die Gestattung, das heißt die Nichthinderung des Vortrages der schriftlichen Aeußerung der benannten Sachverständigen, kann nicht als die Anordnung schriftlicher Begutachtung angesehen werden, zumal der Vortrag des Inhaltes jener Schriftstücke nur einen Theil der mündlichen Verhandlung vor einem Beweisbeschlusse bildete. Rücksichtlich eines von den Sachverständigen gefundenen Zustandes sind diese nach § 379 C. P. O. als sachverständige Zeugen anzusehen, und insoweit ist zur Herstellung eines Beweises ihre vollständige gerichtliche Vernehmung erforderlich. Auch die §§ 259. 260 a. a. O. gestatten dem Richter nicht, den Beweisantritt ohne Beweisaufnahme als einen geführten Beweis anzunehmen. Die freie Beweiswürdigung hat zur Voraussetzung, daß die Gesetze über die Beweisaufnahme genau befolgt sind. (R. G. 18. III. 83.) R. C. IX. (93.) 324.

§ 369. **§ 369.**

Die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahl erfolgt durch das Prozeßgericht. Dasselbe kann sich auf die Ernennung eines einzigen Sachverständigen beschränken. Es kann an Stelle der zuerst ernannten Sachverständigen andere ernennen.

Sind für gewisse Arten von Gutachten Sachverständige öffentlich bestellt, so sollen andere Personen nur dann gewählt werden, wenn besondere Umstände es erfordern.

St. P. O. § 73. Nachdr. G. v. 11./6. 70, § 31. H. G. B. Art. 609.

Digitized by Google

Das Gericht kann die Parteien auffordern, Personen zu bezeichnen, welche geeignet sind, als Sachverständige vernommen zu werden.

Einigen sich die Parteien über bestimmte Personen als Sachverständige, so hat das Gericht dieser Einigung Folge zu geben; das Gericht kann jedoch die Wahl der Parteien auf eine bestimmte Anzahl beschränken.

1. Nach § 369 der R. C. P. O. hängt die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen, ausgenommen der Fall einer Parteieinigung über bestimmte Personen, nicht von den Parteien ab. Vielmehr erfolgt sowohl die Auswahl als die Bestimmung der Zahl der Sachverständigen durch **das Prozeßgericht.** Dasselbe **übt** dabei, **sofern nicht für gewisse Arten von Gutachten Sachverständige öffentlich bestellt sind, ein durchaus freies Ermessen aus; und nach § 377 Abs. 1 der R. C. P. O. steht es namentlich in seinem Ermessen, etwaige Vervollständigungen bereits erhobener Gutachten anzuordnen. Die Ablehnung einseitiger Parteianträge auf Einholung neuer Gutachten näher zu begründen, ist demnach das Gericht nicht verpflichtet.** (R. G. 7. II. 82.) A. V. (69.) 283. 284.

2. **Die Revision kann auf einen Verstoß gegen § 369 Abs. 2 der C. P. O. nur dann gestützt werden, wenn der Revisionskläger bei der mündlichen Verhandlung, welche der Beweisaufnahme folgte, oder sonstwie vor der mündlichen Verhandlung in der Revisions-Instanz diesen Mangel, sowie derselbe ihm bekannt geworden, gerügt hat. Sonst gilt der Verstoß als geheilt.** (R. G. 2. VI. 80.) A. II. (58.) 276—278.

2. Beweisaufnahme.

§ 370.

§ 370.

Das Prozeßgericht kann den mit der Beweisaufnahme betrauten Richter zur Ernennung der Sachverständigen ermächtigen. Derselbe hat in diesem Falle die in dem vorstehenden Paragraphen dem Prozeßgerichte beigelegten Befugnisse auszuüben.

§§ 365, 355 Abs. 1, 352.

Ablehnung.

§ 371.

§ 371.

Ein Sachverständiger kann aus denselben Gründen, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden. Ein Ablehnungsgrund kann jedoch nicht daraus entnommen werden, daß der Sachverständige als Zeuge vernommen worden ist.

Das Ablehnungsgesuch ist bei demjenigen Gericht oder Richter, von welchem die Ernennung des Sachverständigen erfolgt ist, vor der Vernehmung desselben, bei schriftlicher Begutachtung vor erfolgter Einreichung des Gutachtens anzubringen. Nach diesem Zeitpunkt ist die Ablehnung nur zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Ablehnungsgrund vorher nicht geltend gemacht werden konnte. Das Ablehnungsgesuch kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; der Eid ist als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen.

Die Entscheidung erfolgt von dem im zweiten Absatze bezeichneten Gericht oder Richter; eine vorgängige mündliche Verhandlung der Betheiligten ist nicht erforderlich.

Gegen den Beschluß, durch welchen die Ablehnung für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, durch welchen dieselbe für unbegründet erklärt wird, findet sofortige Beschwerde statt.

§ 266. St. P. O. § 74. Ger. K. G. § 47 Nr. 4. R. A. G. O. § 23 Nr. 1.

1. **Grund zur Ablehnung des Sachverständigen, wenn der Sachverständige ständiger Bücherrevisor einer Aktiengesellschaft ist, deren Verwal-**

Digitized by Google

tungsrathsvorsitzender Beklagter ist. (R. G. 20. IX. 84.) U. u. A. I. (68.) 118. 119.

2. **Der Antragsteller kann bei Ablehnung eines Sachverständigen nicht verlangen, daß der Sachverständige über die Wahrheit des Ablehnungsgrundes vernommen werde.** In der Reichsjustizkommission ist man nicht davon ausgegangen, daß das Gericht auf Antrag den abgelehnten Sachverständigen über den Ablehnungsgrund hören müsse, daß der Ablehnungsgrund durch Berufung auf das Zeugniß des Sachverständigen glaubhaft gemacht werden könne; sondern man hat nur angenommen, daß das Gericht den Sachverständigen über den Ablehnungsgrund hören könne. Beschluß des Reichsgerichts v. 18. Nov. 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 165 S. 230—232.

Verweigerung des Gutachtens.

§ 372. **§ 372.**

Der zum Sachverständigen Ernannte hat der Ernennung Folge zu leisten, wenn er zur Erstattung von Gutachten der erforderten Art öffentlich bestellt ist oder wenn er die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntniß Voraussetzung der Begutachtung ist, öffentlich zum Erwerbe ausübt oder wenn er zur Ausübung derselben öffentlich bestellt oder ermächtigt ist.

Zur Erstattung des Gutachtens ist auch derjenige verpflichtet, welcher sich zu derselben vor Gericht bereit erklärt hat.

St. P. O. § 75.

Gutachten des Patentamtes in Patentstreitigkeiten. Ueber die Frage, wie sich § 18 des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877 zu den Vorschriften der C. P. O. über den Beweis durch Sachverständige verhält, folgendes: Nach § 18 des Patentgesetzes sind die Gerichte ermächtigt, das Patentamt um die Begutachtung von Fragen, welche Patente betreffen, anzugehen; und selbstverständlich darf dann auch die Entscheidung der Sache auf das Gutachten des Patentamtes gestützt werden. Die Behörde als solche („das Patentamt") ist es, welche gemäß § 18 Gutachten abzugeben hat. Von den Mitgliedern des Patentamtes spricht das Gesetz nicht. Eine persönliche Vernehmung der Mitglieder nach den Vorschriften der C. P. O. findet somit nicht statt. Vielmehr erfolgt die gutachtliche Aeußerung des Patentamtes in der für die schriftlichen Erlasse der Behörde angeordneten Form. Am allerwenigsten können dabei die Bestimmungen der C. P. O. über die Vereidung von Sachverständigen zur Anwendung kommen. Da die Begutachtung von Patentfragen zu den Dienstobliegenheiten des Patentamtes gehört, so wird die Pflichtmäßigkeit des einzelnen Gutachtens durch den Diensteid verbürgt, welchen die an dem Gutachten Betheiligten vor dem Dienstantritte geleistet haben (§ 3 des Ges. betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten v. 31. März 1873). Daß übrigens die Bestimmung in Satz 1 § 18 des Patentgesetzes sich nicht allein auf Strafsachen, sondern vornehmlich auch auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten bezieht, erhellt — ganz abgesehen noch von der allgemeinen Fassung des Gesetzes selbst — zweifellos aus Motiven zu §§ 20. 21 des Entwurfes. Hier wird ausdrücklich hervorgehoben: Der Entwurf gehe davon aus, daß Streitigkeiten über die Verletzung eines Patentrechtes vor die ordentlichen Gerichte gehören. Letztere seien durchaus in der Lage, in solchen Streitigkeiten die Entscheidung zu treffen.

Digitized by Google

Es könne nur darauf ankommen, den Gerichten die Gelegenh
gewähren, über die technischen Fragen, welche möglicherweise in den
verflochten sind, sich schnell und in maßgebender Weise zu unter
der Entwurf gestatte ihnen, zu dem Behufe von dem Patentamt
achten einzuholen (Reichstagverhandlung 1877 Sess. I Bd. 3 S
Endlich läßt sich auch nicht behaupten, daß § 18 des Patentgesetzes
die C. P. O. abgeändert sei. Das Patentgesetz hat zwar vor
P. O. verbindliche Kraft erhalten, ist aber erst später als diese
und verkündigt worden. Jedenfalls enthält § 18 des Patentgesetz
besondere für Streitigkeiten über Patentverletzungen geltende proz
liche Vorschrift, welche nach § 13 Abs. 1 des Einf.-Ges. z. C.
durch letztere nicht berührt werden würde. (R. G. 20. XI
R. C. VI. (96.) 337—339.

§ 373. § 373.

Dieselben Gründe, welche einen Zeugen berechtigen, das Zeugniß zu ver
berechtigen einen Sachverständigen zur Verweigerung des Gutachtens Das
kann auch aus anderen Gründen einen Sachverständigen von der Verpflicht
Erstattung des Gutachtens entbinden.

Die Vernehmung eines öffentlichen Beamten als Sachverständigen find
statt, wenn die vorgesetzte Behörde des Beamten erklärt, daß die Vernehm
dienstlichen Interessen Nachtheile bereiten würde.

§§ 349, 350, 351. St. P. O. § 76. Ger. K. G. § 47
R. A. G. O. § 23 Nr. 1.

Folgen des Nichterscheinens oder der Weigeru

§ 374. § 374.

Im Falle des Nichterscheinens oder der Weigerung eines zur Erstatt
Gutachtens verpflichteten Sachverständigen wird dieser zum Ersatze der Kosten
einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark verurtheilt. Im Falle wiederholten
sams kann noch einmal eine Geldstrafe bis zu sechshundert Mark erkannt wer

Gegen den Beschluß findet Beschwerde statt.

Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktive
oder der aktiven Marine angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen d
Militärgericht.

§§ 345, 355. St. P. O. § 77.

Beeidigung.

§ 375. § 375.

Der Sachverständige hat, wenn nicht beide Parteien auf seine Beeidig
zichten, vor Erstattung des Gutachtens einen Eid dahin zu leisten:

daß er das von ihm geforderte Gutachten unparteiisch und nach
Wissen und Gewissen erstatten werde.

Ist der Sachverständige für die Erstattung von Gutachten der betreffen
im Allgemeinen beeidigt, so genügt die Berufung auf den geleisteten Eid.

St. P. O. § 79.

1. **Der Sachverständige ist ohne besonderen Antrag der Part
beeidigen, auch wenn er als Zeuge unbeeidigt zu vernehmen wäre.**
nach § 367 der St. P. O. finden die Vorschriften über den Z
beweis nur insofern auf den Sachverständigenbeweis entsprechen
wendung, als „nicht in den nachfolgenden Paragraphen abweichen
stimmungen enthalten sind". Da nun § 375 die Beeidigung aller

Digitized by Google

gen anordnet, können die Bestimmungen der §§ 358, 348 über
beeidigung gewisser Zeugen wegen Verwandtschaft, eigenen In-
c. keine analoge Anwendung beim Sachverständigenbeweis finden.
ngel der Beeidigung wird aber durch Unterlassung der Rüge ge-
rtheil des Reichsgerichts v. 5. Febr. 1884. S. A. Bd. 39
Nr. 256 S. 352. 353.

Wenn Sachverständige das abzugebende Gutachten nicht auf einen
feststehend mitgetheilten Thatbestand zu gründen, sondern die dem
zu Grunde zu legenden Thatsachen durch sachverständige
ung zu ermitteln haben, so ist das eidliche Versprechen, das
Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten,
f die Angaben der Sachverständigen über den bei
tersuchung ermittelten Befund zu beziehen. Ihre
über die in der Eigenschaft von Sachverständigen gemachten
mungen fallen nicht unter den Begriff von Zeugenaussagen und
nicht der Bekräftigung durch einen Zeugeneid, sondern werden
n Sachverständigeneid gedeckt, wie auch im Strafprozesse ange-
wird. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Straff. Bd. 4 S. 232).
igenschaft von Sachverständigen gemacht sind aber auch diejenigen
mungen, welche der vom Gerichte zugezogene Sachverständige vor
eidigung bei einer zum Zwecke des abzugebenden Gutachtens und
k auf seine zu erwartende Beeidigung vorgenommenen Untersuchung
hat. Die Vorschrift des § 379, nach welcher die Bestimmungen
Zeugenbeweis zur Anwendung kommen, insoweit zum Beweise
gener Thatsachen oder Zustände sachkundige Personen zu ver-
ind, leidet keine Anwendung auf die von den Sachverständigen
r Bestellung zum Zwecke ihres Gutachtens ermittelten Thatsachen
ände. (R. G. 24. II. 83.) R. C. IX. (110.) 378. 379.

Ein Urtheil, welches auf dem Gutachten eines Sachverständigen
er nur als Zeuge vereidigt ist, unterliegt der Vernichtung. Der
sachverständigen Zeugen deckt das von demselben abgegebene
nicht, und wenn ein Urtheil einem solchen Gutachten folgt, so
assselbe auf einem durch einen Eid nicht gedeckten Gutachten.
6. XI. 81.) R. C. VI. (95.) 337 bezw. (1.) 3.

§ 376. **§ 376.**

schriftliche Begutachtung angeordnet, so hat der Sachverständige das von
chriebene Gutachten auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.
Gericht kann das Erscheinen des Sachverständigen anordnen, damit derselbe
liche Gutachten erläutere.
P. O. § 78.

den Fall, daß das Gericht schriftliche Begutachtung anordnet,
376 nichts weiter vor, als die Unterzeichnung des Gutachtens
n Sachverständigen und die Niederlegung desselben auf der
hreiberei, wodurch die Erstattung des Gutachtens vollendet ist.
ist **nicht vorgeschrieben, daß durch eine Beglaubigung der Unter-**
r durch eine protokollarische Erklärung vor der Gerichtsschreiberei
eifel, ob das Gutachten von dem Sachverständigen herrühre, von
n ausgeschlossen sein müsse. Entstehen Zweifel über die Echtheit
chtens, so können demnächst deßhalbige Verhandlungen und Fest-

Digitized by Google

stellungen stattfinden. **Ebensowenig ist vorgeschrieben, daß das schriftliche Gutachten eine ausdrückliche Versicherung des Sachverständigen, daß er dasselbe auf den von ihm geleisteten Eid abgebe, enthalten müsse,** dies versteht sich bei einem nach geleistetem promissorischen Eide erstatteten Gutachten stillschweigend von selbst. **Anders verhält es sich mit demjenigen Gutachten, welches ein Sachverständiger abgibt, der für die Erstattung von Gutachten der betreffenden Art im Allgemeinen beeidigt ist (§ 375 Abs. 2), oder welches von einem im Rechtsstreite beeidigten Sachverständigen bei einer wiederholten oder nachträglichen Vernehmung abgegeben wird (§ 363 Abs. 3 ebenda mit § 367). In diesen Fällen erfordert die C. P. O. eine ausdrückliche Bekräftigung des Gutachtens durch Berufung des Sachverständigen auf den früher geleisteten Eid.** Diese Versicherung wird nicht dadurch ersetzt, daß der Sachverständige vor seiner Vernehmung durch das Gericht auf den früher geleisteten Eid hingewiesen worden ist. Der Auslegung, welche in dieser Hinsicht den gleichlautenden Bestimmungen der Strafprozeßordnung (§§ 66. 79 Abs. 2) mit Rücksicht auf § 155 Nr. 2 und 3 Str. G. B. gegeben wird (vgl. Entsch. des R. G.'s in Straff. Bd. 3 S. 102), ist auch in Ansehung des Civilprozesses beizutreten. **Ist hiergegen verfehlt, so besteht ein Grund zur Aufhebung eines auf solche Sachverständigengutachten gestützten Urtheils dann nicht, wenn in der hierauf stattgefundenen mündlichen Verhandlung von keiner erschienenen Sachverständigenpartei der Mangel der Berufung der Sachverständigen auf ihren früheren Eid gerügt wurde.** Wenn es auch dahingestellt bleiben mag, ob § 267 Anwendung finden kann, wenn das Gericht die Aussage eines unbeeidigten Sachverständigen, auf dessen Beeidigung nicht nach § 375 ausdrücklich verzichtet wurde, seiner Entscheidung zu Grunde gelegt hat, so **handelt es sich da, wo ein beeidigter Sachverständiger nach Hinweisung auf den geleisteten Eid ausgesagt hat und nur die vom Gesetze vorgeschriebene Berufung desselben auf den früheren Eid unterblieben ist, lediglich um einen formellen Mangel, welcher der Vorschrift des § 267 unterliegt.** (R. G. 24. II. 83.) R. C. IX. (110.) 376—378.

§ 377.

§ 377.

Das Gericht kann eine neue Begutachtung durch dieselben oder durch andere Sachverständige anordnen, wenn es das Gutachten für ungenügend erachtet.

Das Gericht kann die Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen anordnen, wenn ein Sachverständiger nach Erstattung des Gutachtens mit Erfolg abgelehnt ist.

St. P. O. § 83.

1. Bei ungenügendem Gutachten hat der Richter die Pflicht, den weiterbeantragten Sachverständigenbeweis zu erheben. Entsch. v. 25. V. 82.

2. Nach § 377 der C. P. O. kann das Gericht zwar eine neue Begutachtung anordnen, wenn es das eingezogene Gutachten für ungenügend erachtet; allein es ist dies seinem Ermessen überlassen und besteht **keine Erforderniß der Einholung eines Obergutachtens bei widersprechenden Aussprüchen Sachverständiger.** Urtheil des Reichsgerichts vom 28. Mai 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 68 S. 105.

3. **Dem Gerichte ist es unverwehrt, bei der ihm zustehenden freien Würdigung der Gutachten Sachverständiger aller ihm zu Gebote stehenden Hilfsmittel, z. B. der vorhandenen Literatur oder sonstiger Aeußerungen im Prozesse nicht vernommener Sachverständigen, sich zu bedienen.** (R. G. 24. II. 83.) R. C. IX. (110.) 380.

Digitized by Google

4. **Der Berufungsrichter darf, wenn über die Erklärungen der in erster Instanz vernommenen Sachverständigen in den Gründen des ersten Urtheiles Angaben enthalten sind, aus welchen sich wesentliche Abänderungen oder Ergänzungen desjenigen ergeben, was nach dem Sitzungsprotokolle von den Sachverständigen erklärt worden ist, bei der Beweiswürdigung seine Ueberzeugung nicht auf diese Angaben stützen, und dies selbst dann nicht, wenn er erklärt, er habe keinen Grund ihre Richtigkeit zu bezweifeln.** Das Berufungsgericht hat in einem solchen Falle vielmehr nur die Wahl, entweder seine Entscheidung lediglich auf die protokollirten Erklärungen der Sachverständigen zu gründen oder von der ihm nach § 377 C. P. O. zustehenden Befugniß Gebrauch zu machen, und eine Wiederholung der Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen. (R. G. 21. II. 85.) R. C. XIII. (116.) 423.

5. **Wenn in einem Expropriationsverfahren eine von einem Sachverständigen abgegebene Abschätzung des Kapitalwerthes eines Grundstückes nicht zutreffend ist,** weil der Sachverständige bei derselben von einer unrichtigen Auffassung der maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen ausgegangen ist und seine Abschätzung nicht auf feststehende Thatsachen, sondern auf Möglichkeiten gestützt hat, **so muß das Gericht entweder eine neue Abschätzung auf Grund der dem Sachverständigen mitzutheilenden richtigen Rechtsnormen und der als feststehend anzunehmenden Thatsachen oder eine Abschätzung durch einen anderen Sachverständigen anordnen (§ 377 C. P. O.); es darf aber nicht ohne weiteres den Betrag des dem Kläger zu erstattenden Kapitalwerthes seines Grundstückes aus eigener freier Würdigung festsetzen.** Wenn dabei der Durchschnitt der Schätzungen der in dem Verwaltungsverfahren vernommenen Sachverständigen zu Grunde gelegt wird, so kann dadurch das eingeschlagene Verfahren nicht gerechtfertigt werden. Denn einerseits bilden die in dem Verwaltungsverfahren abgegebenen Gutachten der Sachverständigen keine Beweismittel für das gerichtliche Verfahren, andererseits darf das Gericht seine Entscheidung nur auf Grund eines erhobenen Beweises und nicht auf Grund der Vorschrift in § 260 C. P. O. treffen. (R. G. 2. XII. 84.) R. C. XII. (120.) 407. 408. Siehe hierüber noch bei § 260 eodem.

Gebühren.

§ 378. **§ 378.**

Der Sachverständige hat nach Maßgabe der Gebührenordnung auf Entschädigung für Zeitversäumniß, auf Erstattung der ihm verursachten Kosten und außerdem auf angemessene Vergütung seiner Mühewaltung Anspruch.

§§ 366, 344, 135 Abs. 2.

1. Wie der als Zeuge fungirende Beamte aus § 14 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige Tagegelder und Erstattung von Reisekosten nach Maßgabe der für Dienstreisen geltenden Vorschriften nur erhält, wenn er über Umstände vernommen wird, von welchen er in Ausübung seines Amtes Kenntniß erhalten hat, so kann auch der als Sachverständiger fungirende öffentliche Beamte nach Maßgabe der für Dienstreisen geltenden Vorschriften nicht anders liquidiren, als wenn er über Verhältnisse vernommen wird, welche zu seinem amtlichen Wirkungskreise gehören. Mit der Zuziehung **„aus Veranlassung des Amtes"**, welche in § 14 Ziff. 2 a. a. O. als erste Voraussetzung für eine solche Liqui-

Digitized by Google

dation hingestellt ist, hat darauf hingewiesen werden sollen, daß die Verhältnisse, über welche die Begutachtung gefordert wird, in den amtlichen Wirkungskreis der Sachverständigen fallen, sodaß die geforderte Begutachtung als eine amtliche Auskunft erscheint. Zu dieser Auslegung nöthigt die Zusammenstellung des Sachverständigen mit dem Zeugen, welcher über amtliche Wahrnehmungen aussagen soll, und die weitere Hervorhebung im § 14 Ziff. 2 a. a. O., daß die Ausübung der zur Frage stehenden Wissenschaft ꝛc. zu den Pflichten des von dem Sachverständigen versehenen Amtes gehören muß. **Die Motive des Gesetzes lassen auch keinen Zweifel darüber, daß der Sachverständige nur dann als öffentlicher Beamter liquidiren darf, wenn er, gleich dem Zeugen, welcher kraft seines Amtes die Verpflichtung gehabt hat, von dem fraglichen Vorgange Kenntniß zu nehmen, mit den in Frage stehenden Verhältnissen amtlich befaßt ist, das geforderte Guthaben mithin als eine ihm als Beamten obliegende Leistung erscheint.** (R. G. 10. VI. 84.) R. C. XI. (120.) 435—437. A. X. (131.) 514. 515.

2. **Die Entschädigung für Zeitversäumniß pro Stunde an Sachverständige ist prinzipiell nicht höher bemessen, als die für Zeugen** (§ 3 des Ges. v. 30. Juni 1878). **Maßgebend für die Entschädigung ist nicht der innere Werth des Gutachtens, sondern der Werth der dazu verwendeten Zeit.** (R. G. 31. V. 84.) A. X. (102.) 417 f.

3. **Der Sachverständige hat Anspruch auf Vergütung der zur Vorbereitung des Gutachtens verwendeten Zeit.** Unter der „erforderlichen Zeitversäumniß", für welche dem Sachverständigen nach § 3 der Geb. Ord. für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878 Vergütung zu gewähren ist, ist auch derjenige Zeitaufwand begriffen, welcher vor Abfassung des Gutachtens zu dem Zwecke erforderlich war, die nöthigen Grundlagen für die Erstattung des Gutachtens, z. B. durch Versuche, Untersuchungen und sonstige Ermittelungen, zu beschaffen. Indem Abs. 3 des § 3 bestimmt, daß dem Sachverständigen „außerdem" die auf die Vorbereitung des Gutachtens verwendeten Kosten zu ersetzen sind, ist der Anspruch desselben auf Vergütung des zur Vorbereitung des Gutachtens erforderlichen Zeitaufwandes keineswegs ausgeschlossen. (R. G. 31. V. 84.) A. X. (102.) 417—419.

4. **Der gerichtliche Sachverständige hat auch für die Reisen zu den Terminen Anspruch auf die im § 3 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878 bestimmte Vergütung.** Beschluß des Reichsgerichts vom 23. Februar 1881. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 253 S. 381.

5. **Anspruch sachverständiger Zeugen auf Sachverständigengebühren.** R. G. 8. VII. 85.) U. u. A. III. (136.) 295.

Sachverständige Zeugen.

§ 379.

§ 379.

Insoweit zum Beweise vergangener Thatsachen oder Zustände, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war, sachkundige Personen zu vernehmen sind, kommen die Vorschriften über den Zeugenbeweis zur Anwendung.

St. P. O. § 85.

1. Der Sachverständige urtheilt regelmäßig nach seinen Erfahrungen, er stützt also sein Urtheil auf Thatsachen, welche er unter ähnlichen Ver-

Digitized by Google

hältnissen wahrgenommen hat. Der Werth seines Gutachtens hängt in den meisten Fällen von der genauen Kenntniß ähnlicher thatsächlicher Verhältnisse ab. **Nur dann, wenn es sich um Thatsachen oder Zustände handelt, welche unmittelbar für das Recht einer Partei entscheidend sind, wird der Sachverständige, welcher diese wahrgenommen hat und über sie urtheilt, zugleich zum Zeugen.** Urtheil des Reichsgerichts vom 22. Juni 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 156 S. 227.

2. Wenn es sich nicht um Abschätzung eines gegenwärtig vorliegenden, dem Richter oder den Sachverständigen nach seiner augenblicklichen Beschaffenheit erkennbaren Objekts, sondern um sachkundige Würdigung thatsächlicher in der Vergangenheit liegender Momente, die sich jeder unmittelbaren Anschauung und Betrachtung entziehen, die der Sachverständige vielmehr nur auf historischem Wege, sei es durch eigene Rückerinnerung oder durch Nachfrage bei Personen, welchen die ehemaligen Zustände und Verhältnisse aus eigener Anschauung oder Wissenschaft bekannt geworden, seinem geistigen Auge vorführen kann, handelt, so fällt die **vorzunehmende Abschätzung** recht eigentlich **in das Gebiet des Beweises** (vgl. Heusler im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 62 S. 244 ff., 252; Glück Komm. Bd. 17 S. 62), welchen die Partei dem Richter darzubringen hat, und auf welchen die für den Beweis durch Zeugen gegebenen Vorschriften mut. mut. anzuwenden sind. Erk. des O. L. G. zu Braunschweig vom 27. März 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 69 S. 101.

3. **Ein Sachverständiger muß auch als Zeuge vereidet werden, wenn er als solcher Aussagen macht.** (R. G. 19. VI. 85.) U. u. A. III. (79.) 195 ff.

Neunter Titel.

Beweis durch Urkunden (§§ 380—409).

1. Beweiskraft der Urkunden.

a. Urkunden über Erklärungen.

§ 380. **§ 380.**

Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden), begründen, wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind, vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorganges.

Der Beweis, daß der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig.

§§ 382, 402.

1. **Abs. 1.** Damit **eine Urkunde** für **eine öffentliche** erachtet werden könne, wird nach § 380 C. P. O. vorausgesetzt: 1) daß die Urkunde von einer öffentlichen Behörde oder einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person aufgenommen ist; 2) daß die öffentliche Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse, die mit öffentlichem Glauben versehene Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises gehandelt hat; 3) daß die Urkunde in der vorgeschriebenen Form aufgenommen ist. Die Begriffsbestimmung ist, wie die Fassung deutlich erkennen läßt, eine ganz allgemeine und bezieht sich insbesondere auch auf die in § 382 C. P. O. erwähnten Urkunden dispositiven Charakters, da § 382 durch die Worte „öffentliche Urkunden" auf die in § 380 a. a. O. gegebene Definition

Digitized by Google

verweist. Insoweit reichsgesetzlich die zu 1—3 bezeichneten Voraussetz
geregelt sind, ist das Landesrecht ausgeschlossen. Da aber die R
gesetzgebung nach dieser Richtung hin nur verhältnißmäßig wenige
schriften gegeben hat, so ergibt sich, daß in den meisten Fällen das
handensein jener Voraussetzungen nach Landesrecht zu prüfen ist. (
26. VI. 83.) R. St. VIII. (108.) 373. 374. R. A. V. (176.)
A. VIII. (49.) 202.

2. **Inländische öffentliche Urkunden unterliegen nicht der**
cognition der Parteien, sondern das Gericht hat aus seiner eigenen
zu beurtheilen, von Amtswegen sich darüber Sicherheit zu verschaffe
die Merkmale der Echtheit der Urkunde vorliegen (Wetzell Civilp
Ausg. 3 § 24 S. 239). Urtheil des O. L. G. zu Hamburg
19. Juni 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 157 S. 228.

3. **Eine in einer Notariatsurkunde enthaltene Erklärung über**
geschehene Extradition eines den Vertragsgegenstand bildenden Im
kann zur Erbringung vollen Beweises hierwegen dienen. Welche mat
Beweiskraft einer notariellen Urkunde und den darin enthaltenen
klärungen, insbesondere darüber zukommt, daß ein verkauftes An
dem Käufer auch übergeben worden sei, ist lediglich Sache des richter
Ermessens und sind diesem durch § 380 der Reichs-Civilprozeßord
keine Schranken gesetzt. Lediglich von dem Ergebnisse desselben hän
ab, ob eine nach jenem § 380 als erwiesen anzunehmende Erklärun
der Träger einer rechtlichen Disposition oder allenfalls als ein Ge
niß in Bezug auf die kritische Thatsache in Betracht kommt (siehe Bü
Civilprozeßordnung zu § 380 S. 263 und die allegirten Motiv
Reichs-Civilprozeßordnung, Struckmann u. Koch Kommentar S.
— (B. O. L. 12. III. 83.) S. X. (16.) 36. 37.

4. **Das in der Zwangsvollstreckung aufgenommene Versteiger**
protokoll verliert nicht unbedingt die Eigenschaft einer öffentlichen Ur
dadurch, daß die Unterschrift der Personen, mit welchen verhandelt ist
die Bemerkung fehlt, weßhalb die Unterschrift nicht beschafft wurde. (
24. VI. 85.) R. A. VII. (184.) 431—434. R. St. XII. (
331—335. S. hierüber Näheres in Fuchsberger Strafrecht (I. Su
mentband) zu § 348 eodem.

5. Unter den **„mit öffentlichem Glauben versehenen Personen"**
lediglich die öffentlichen Urkundspersonen im eigentlichen Sinne (Notar
dergl.) zu verstehen, deren Beurkundungen durch positives Gesetz öffent
Glaube beigelegt worden ist. Zu solchen Urkundspersonen gehören z. B.
bedienstete nicht, gleichviel ob dieselben sich im privaten oder im ö
lichen Dienst befinden. (R. G. 31. V. 86.) R. A. VIII. (163.)

6. Dem **von dem Gerichtsvollzieher gemäß den §§ 682. 683 üb**
Vollstreckungshandlung aufgenommenen Protokolle wohnt nach § 38
Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde, Beweiskraft für und gegen J
mann bei. — **Die statt dessen von ihm erstatteten Berichte sind**
öffentlichen Urkunden. — Ebensowenig sind in Betreff des Ausfalls
Zwangsvollstreckung die Beitreibungslisten und Dienstregister der Ge
vollzieher öffentliche Urkunden. (R. G. 14. VI. 81.) R. St. IV. (
283—287. R. A. III. (184.) 395—398. A. IV. (44.) 114. 11

7. Bei einem Dienstregister des Gerichtsvollziehers ist die

Digitized by Google

tragung eines Auftrages mit der vorgeschriebenen Angabe des Eingangstages geeignet, die Thatsache, daß ein Auftrag des angegebenen Inhaltes und zu der angegebenen Zeit ertheilt worden, oder doch die Thatsache der Anerkennung des Empfanges und der Zeit des Auftrages gegen den Gerichtsvollzieher zu beweisen. Ebenso sind die Vermerke über Ort und Zeit der Erledigung des Auftrages, über Eingang der Gebühren und Auslagen, über den Empfang eines Kostenvorschusses geeignet, die betreffende Thatsache selbst oder doch die Anerkennung derselben gegen den Gerichtsvollzieher zu beweisen. Wenn auch das allgemeine Dienstregister die Bestimmung einer geschäftlichen Kontrole hat, so haben die Eintragungen doch auch und namentlich, soweit es sich um Ertheilung der Aufträge handelt, einen urkundlichen Inhalt, welchen der Auftraggeber für sich zum Beweise anrufen kann (vgl. § 387 C. P. O.). **Das mit Eintragungen beweiserheblichen Inhaltes versehene allgemeine Dienstregister eines Gerichtsvollziehers** ist daher für **eine Urkunde zu erachten**, und zwar nicht erst von dem Zeitpunkte der Vorlegung an den Aufsichtsbeamten ab, sondern jedenfalls mit der Eintragung eines Vermerkes ab, da von diesem Zeitpunkte ab die Beweiserheblichkeit in Betracht tritt. (R. G. 25. XI. 82.) R. St. VII. (77.) 256. R. A. IV. (377.) 839. 840.

8. **Die Natur einer von einer Baupolizeibehörde aufgenommenen Urkunde als einer öffentlichen hängt von deren Inhalt mit ab.** (B. O. L. 10. V. 81.) S. IX. (46.) 150.

9. **Ein im Gebiete der preußischen Landgemeindeverfassung vom 14. April 1856 (G. S. S. 359) von einer Gemeindeversammlung zur Prüfung und Abnahme der Gemeinderechnungen gewählter Ausschuß ist nicht als eine öffentliche Behörde und sind die von einem solchen Rechnungsausschusse ausgestellten Entlastungserklärungen nicht als öffentliche Urkunden anzusehen.** (R. G. 13. III. 85.) R. St. XII. (27.) 91—94. (Siehe R. G. 8. IV. 81. R. St. IV. (26.) 71.)

10. **In Westpreußen sind die von dem Ortsvorsteher einer ländlichen Gemeinde, bezw. den ihn vertretenden Schöffen zum Zwecke der Erhebung von Brandentschädigungsgeldern über die Ausführung des Wiederaufbaues ausgestellten Atteste keine öffentlichen Urkunden.** (R. G. 3. VI. 81.) R. A. III. (172.) 368 f.

11. **Abs. 2. Die Führung eines Urkundenbeweises erfordert den mündlichen Vortrag des zu berücksichtigenden Urkundeninhaltes.** Wenn auch hinsichtlich des Urkundenbeweises (§§ 380 ff.) nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß der in Bezug genommene Urkundeninhalt mündlich vorgetragen werden muß, so kann doch hieraus nicht gefolgert werden, daß es dieses Vortrages nicht bedarf. Der Grundsatz, daß das Urtheil nur auf Grund der mündlichen Verhandlung ergehen darf, gilt ganz unbeschränkt; daß derselbe auch in betreff der Berücksichtigung der Beweisergebnisse nicht durchbrochen ist, ergibt der § 258 Abs. 2. In dem mündlichen Verfahren ist eine Beweisführung durch Urkunden nicht anders möglich, als dadurch, daß der Beweisführer alles dasjenige, was er von dem Inhalte der Urkunden in Betracht gezogen haben will, mündlich vorträgt; da der thatsächliche Vortrag der Parteien das ganze Streitverhältniß erschöpfend umfassen muß (§ 128 Abs. 2 § 127 Abs. 3), so hat derselbe neben den unmittelbar erheblichen

Digitized by Google

Thatsachen auch alle diejenigen Thatsachen darzulegen, welche in irgend einer Beziehung, und darunter insbesondere auch hinsichtlich der Beweisführung, als mittelbar erheblich geltend gemacht werden sollen (vgl. die Motive zur C. P. O. § 245 [jetzt § 255] S. 199), und eine Bezugnahme auf Schriftstücke ist durch § 128 Abs. 3 ausdrücklich ausgeschlossen. Es hat daher die dem Gerichte allerdings obliegende eigene Einsicht der Urkunde, was die Feststellung ihres Inhaltes anlangt, nur zu dem Zwecke zu geschehen, um sich zu vergewissern, ob die Urkunde das Behauptete enthalte, und um eventuell den nachträglichen Vortrag des wirklichen Urkundeninhaltes in der, nöthigenfalls zu diesem Zwecke wieder aufzunehmenden, mündlichen Verhandlung zu veranlassen. (R. G. 21. III. 81.) R. C. IV. (104.) 379. 380.

12. **Den Beweis, daß in einer öffentlichen Urkunde der Vorgang unrichtig bekundet sei, kann auch die Partei, die sich auf diese Urkunde stützt, antreten.** Wollte man auch die eigene Berufung der Partei auf den Hergang, wie ihn die Urkunde wiedergibt, als ein dispositives gerichtliches Geständniß und nicht als ein bloßes Selbstzeugniß erachten, so ist auch bei solchem der Widerruf nicht ausgeschlossen und die im § 263 der R. C. P. O. gegebenen Voraussetzungen der Wirksamkeit des Widerrufes — neben dem Beweise, daß das Geständniß der Wahrheit nicht entspreche, der Beweis der Veranlassung durch einen Irrthum der Partei — ergeben sich als existent, wenn z. B. durch Zeugen zur Ueberzeugung nachgewiesen werden kann, daß sich der Hergang, so wie behauptet, zugetragen hat, der Urkundeninhalt also, auf den zunächst zu vertrauen die Partei Anlaß hatte, unrichtig, bezw. inkorrekt war. Auch das Prozeßstadium steht der Berücksichtigung einer solchen Behauptung nicht entgegen, da nach § 240 Abs. 1 der R. C. P. O. die Berichtigung thatsächlicher Anführungen nicht als Aenderung der Klage zu erachten ist. (R. G. 28. V. 81.) A. IV. (49.) 169—171.

13. **Unbeschränktheit des Beweises darüber, daß ein in einer öffentlichen Urkunde festgestellter Vorgang unrichtig beurkundet sei.** Für Erbringung desselben ist kein Beweismittel ausgeschlossen und der durch § 259 C. P. O. eingeführte Grundsatz der freien Beweiswürdigung behält auch für die Beurtheilung dieses Beweises seine volle Geltung. (Wilmowski u. Levy, Kommentar, 2. Aufl. 2, S. 476. — (B. O. L. 19. IV. 83.) S. X. (30.) 72. 73.

§ 381.

§ 381.

Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, daß die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind.

1. Unter den schriftlichen Urkunden, welche im Titel 9 des zweiten Buches der R. C. P. O. behandelt werden, sind **sowohl vom Aussteller unterschriebene bezw. unterzeichnete, wie solcher Unterschrift oder Unterzeichnung ermangelnde** begriffen. Beide Kategorien sind in den §§ 404. 405 als Gegenstand der dem Gegner obliegenden Erklärungspflicht und des Echtheitsbeweises gesetzt. (R. G. 23. X. 80.) S. hierüber bei § 555 ad R. C. II. (120.) 416—418.

2. **Darüber, in welcher Form die Unterschriften von Urkunden her-**

Digitized by Google

zustellen sind, entscheidet die Rechtssitte. Bei gleichlautenden Urkunden, welche als zum Umlaufe bestimmte Werthpapiere in großer Zahl emittirt werden, ist es aber durchaus üblich, die Unterschriften der Personen, von welchen die Unterschriften als ausgestellt gelten sollen, mit auf lithographischem Wege hergestellten Nachbildungen von deren Unterschriften zu versehen. (R. G. 24. VI. 84.) R. C. XIV. (24.) 97.

3. **Das mit Eintragungen versehene allgemeine Dienstregister des Gerichtsvollziehers ist eine Privaturkunde und wird zu einer solchen durch die Erlangung eines vorgeschriebenen Vermerkes.** (R. G. 25. XI. 82.) S. hierüber bei § 387 ad R. St. VII. (77.) 256. R. A. IV. (377.) 839. 840.

4. **Den über die Verhandlungen und Beschlüsse der Generalversammlung einer Genossenschaft aufgenommenen, der gerichtlichen oder notariellen Form entbehrenden Protokollen wohnt an sich keine stärkere Beweiskraft inne, als der § 381 C. P. O. solchen Privaturkunden beilegt.** Sie liefern mithin, ihre Echtheit vorausgesetzt, in formeller Beziehung nur den Beweis, daß die darin enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben worden sind, während sie in materieller Hinsicht als bloße Privatzeugnisse der Aussteller Dritten, insbesondere den in der Generalversammlung ausgebliebenen Genossenschaftern nicht entgegengesetzt werden können. **Wenn solche Protokolle aber in Gemäßheit des § 33 Abs. 2 des Genossenschaftsgesetzes in das dafür bestimmte Protokollbuch eingetragen sind, und wenn zugleich in den Vereinsstatuten eine gewisse Form für deren Errichtung vorgeschrieben und diese Form gewahrt ist, so erlangen sie damit zufolge vertragsmäßiger Unterwerfung der Vereinsgenossen unter das Statut eine erhöhte Beweiskraft.** Sie erbringen alsdann den Mitgliedern der Genossenschaft gegenüber so lange vollen Beweis für die Wahrheit und Vollständigkeit der darin enthaltenen Beurkundungen, bis deren Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit im Wege der Gegenbeweisführung dargelegt wird. (R. G. 29. IX. 82.) R. C. VIII. (3.) 12. 13.

5. **Im Civilprozesse ist, sofern es sich um den Beweis eines telegraphisch geschlossenen Vertrages und ähnliches handelt, die Eigenschaft der Depeschenausfertigung als urkundlichen Beweismittels anzuerkennen.** Die Civilprozeßordnung unterstellt allerdings die Depeschenausfertigung wegen fehlender eigenhändiger Unterschrift des Ausstellers nicht der Beweisregel des § 381; damit ist derselben jedoch die Eigenschaft einer Urkunde nicht abgesprochen, es unterliegt nur ihre Beweiskraft der freien Beweiswürdigung. Im Bestreitungsfalle bedarf allerdings die Depeschenausfertigung des Echtheitsbeweises, d. h. des Nachweises, daß die Person, auf welche die Unterschrift der Ausfertigung lautet, der Telegraphenverwaltung eine Willenserklärung des bestimmten Inhaltes zur Beförderung an den Adressaten aufgegeben hat; und dieser Beweis wird naturgemäß umfänglicher sein, als der gemäß §§ 404 ff. C. P. O. zu führende Echtheitsbeweis einer Originalunterschrift. Die Nothwendigkeit und der Umfang jenes besonderen Beweises aber schließt die Eigenschaft der Depeschenausfertigung als einer Urkunde nicht aus. **(R. G. 6. III. 83.)** R. St. VIII. (29.) 100. R. A. V. (68.) 166. A. VII. (19.) 435.

6. **Die materielle Beweiskraft der Urkunden ist dem freien richterlichen Ermessen anheim gegeben.** — (S. § 259 R. G. 23. X. 80 in Samm-

Digitized by Google

lung von Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen Bd. II Nr. 120 S. 417—418.) — (V. O. L. 22. XI. 81.) S. IX. (115.) 363.

7. Der formalen Beweisregel des § 381 C. P. O. gegenüber, welche den Richter bindet, ist ein indirekter Gegenbeweis dahin nicht ausgeschlossen, daß die in der Urkunde enthaltene, von dem Unterzeichner abgegebene Erklärung nicht der Ausdruck seines Willens sei, insbesondere ist der Beweis des Zwangs, Betrugs, Irrthums, unter dessen Einfluß die Unterzeichnung einer Urkunde erfolgt ist, statthaft. **Allein die Behauptung der Unterzeichnung einer Urkunde, ohne sie gelesen oder sonstwie von deren Inhalt Kenntniß sich verschafft zu haben, ist nicht geeignet, die rechtliche Wirkung des § 381 a. a. O. zu beseitigen.** (V. O. L. 9. II. 82.) S. IX. (158.) 501.

8. Bezüglich der Frage, **wem die Beweislast obliege, wenn die Echtheit des Datums eines eigenhändigen letzten Willens bestritten** (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 7 Nr. 83 S. 292), folgendes: Das eigenhändige Testament ist nämlich keine bloße Beweisurkunde, sondern der letzte Wille selbst, für welchen das Gesetz bestimmte Förmlichkeiten vorschreibt, mit dem ausdrücklichen Beisatze: „il n'est assujetti à aucune autre forme" (art. 970 Code civil). Daraus folgt doppeltes: einmal, daß man weder erwarten noch verlangen kann, der Testator werde außer den gesetzlich vorgeschriebenen Formen noch weitere (etwa Hinterlegung oder Eintragung) zu dem Zwecke beobachten, um den Legataren den Beweis der Wahrheit des angegebenen Datums zu sichern, daß also dessen eigenhändige Angabe des Datums im Testamente selbst als seine bis zum Beweise des Gegentheiles maßgebende Erklärung über die Zeit der Errichtung gelten muß. Weiter folgt daraus, daß die betreffs der Gewißheit des Datums von bloßen Beweisurkunden im Interesse dritter Personen gegebenen Vorschriften (z. B. Art. 1328 Code civil, abgesehen von § 14 des Einf.-Ges. zur C. P. O.) auf den letzten Willen keine Anwendung finden; denn, wenn die Wahrheit des in einem solchen angegebenen Datums in Zweifel gezogen wird, handelt es sich gar nicht darum, die Beweiskraft dieser Urkunde dritten Personen gegenüber zu bestreiten, sondern darum, den letzten Willen wegen eines Formfehlers anzufechten. Hiernach hängt die Frage der Beweiskraft mit dem rechtlichen Charakter des eigenhändigen Testamentes zusammen und daraus ergibt sich, daß sie von dem § 381 C. P. O., welcher von Beweisurkunden handelt, nicht berührt wird. (R. G. 7. VII. 84.) R. C. XII. (79.) 315. 316.

9. **Die Beweisregel des § 381 erstreckt sich nicht auf die Frage nach der materiellen Wirksamkeit der in der Urkunde enthaltenen Erklärung und schließt den Beweis, daß diese Erklärung einen gültigen Rechtsakt nicht enthalte, nicht aus.** So ist z. B. der Einwand, daß die auf der Urkunde befindliche Unterschrift erschlichen sei, stets zu würdigen, denn im Falle deren Richtigkeit wäre die in der Urkunde enthaltene Willenserklärung, weil das in ihr als gewollt Bezeichnete in der That nicht gewollt worden wäre, richtig. (R. G. 11. X. 81.) R. C. V. (106.) 386. 387.

10. **Ist eine Urkunde von mehreren Personen ausgestellt und in Bezug auf eine derselben die Unterschrift gefälscht, so wird durch letzteren Umstand die formelle Beweiskraft der übrigen Unterzeichnungen nicht beeinträchtigt.** Der gedachte Paragraph handelt bloß von der formellen oder

Digitized by Google

äußeren Beweiskraft der Privaturkunden, indem er ausſpricht, daß ſolche Urkunden, ſoferne ſie von den Ausſtellern unterſchrieben oder mittelſt beglaubigten Handzeichens unterfertigt ſind, vollen Beweis dafür liefern, daß die darin enthaltenen Erklärungen von den Ausſtellern abgegeben ſind. **Ueber die materielle oder innere Beweiskraft, d. i. über die Bedeutung, welche dem Inhalte einer Privaturkunde zukommt, hat § 381 Beſtimmungen nicht getroffen.** (B. O. L. 13. V. 82.) S. IX. (201.) 608. 609.

11. **Die Privaturkunde erlangt eine Beweiserheblichkeit dadurch, daß aus derſelben oder mit Hilfe derſelben oder durch andere Beweismittel der Ausſteller, welcher ſich durch ihre Ausſtellung verpflichten wollte, ermittelt werden kann. Nicht nothwendig iſt, daß ſie den Ausſteller durch deſſen Unterſchrift erſichtlich macht** (argum. §§ 381. 384 C. P. O.). — (R. G. 26. X. 85.) R. St. XIII. (25.) 74.

12. **Den §§ 181 und 381 der R. C. P. O. gegenüber iſt der Gegenbeweis** (daß die betreffende Erklärung durch Irrthum herbeigeführt worden ſei) **nicht ausgeſchloſſen.** (R. G. 4. IV. 82.) A. V. (115.) 458.

b. Urkunden über Anordnungen von Behörden.

§ 382. **§ 382.**

Die von einer Behörde ausgeſtellten, eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entſcheidung enthaltenden öffentlichen Urkunden begründen vollen Beweis ihres Inhalts.

Ueber **öffentliche Urkunde** ſ. (R. G. 26. VI. 83) § 380 ad R. St. VIII. (108.) 373. 374. R. A. V. (176.) 472. A. VIII. (49.) 202.

c. Urkunden über thatſächliche Vorgänge.

§ 383. **§ 383.**

Oeffentliche Urkunden, welche einen anderen als den in den §§ 380, 382 bezeichneten Inhalt haben, begründen vollen Beweis der darin bezeugten Thatſachen.

W. O. § 87 ff. R. Poſt G. v. 28./10. 71. § 47.

Der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Thatſachen iſt zuläſſig, ſofern nicht die Landesgeſetze dieſen Beweis ausſchließen oder beſchränken.

Beruht das Zeugniß nicht auf eigener Wahrnehmung der Behörde oder der Urkundsperſon, ſo findet die Vorſchrift des erſten Abſatzes nur dann Anwendung, wenn ſich aus den Landesgeſetzen ergiebt, daß die Beweiskraft des Zeugniſſes von der eigenen Wahrnehmung unabhängig iſt.

Aufgehoben code civil art. 1235 ff. 1331, 1332.

§ 384. **§ 384.**

Inwiefern Durchſtreichungen, Radirungen, Einſchaltungen oder ſonſtige äußere Mängel die Beweiskraft einer Urkunde ganz oder theilweiſe aufheben oder mindern, entſcheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung.

2. Beweisantretung. Vorlegung.

a. Vorlegung durch den Beweisführer.

§ 385. **§ 385.**

Die Antretung des Beweiſes erfolgt durch die Vorlegung der Urkunde.

§ 122. H. G. B. Art. 38.

Die Berufung auf Handelsbücher zum Beweiſe beſtimmter Thatſachen iſt die Antretung eines Urkundenbeweiſes. Wie bei der Bezugnahme auf eine einzelne Urkunde der Beweisführer gerade dasjenige ſpezielle

Digitized by Google

Schriftstück, aus welchem sich der Beweissatz ohne weiteres ergeben soll, zu produziren hat, so **muß bei einer Sammlung von Schriftstücken,** mögen sie in Aktenbänden oder Büchern vereinigt sein, der **Beweisführer** bei Produktion dieser Sammlungen selbstredend zugleich **diejenigen einzelnen Stellen nachweisen, aus denen er im konkreten Falle den Beweis führen will.** Es ist nicht Sache des Gerichtes oder des gerichtlichen Sachverständigen, eine nach dieser Richtung unvollständige Beweisführung zu ergänzen und den Versuch zu machen, aus umfangreichen Akten oder Büchern, bei denen nur ein kleiner, von einem Dritten schwer aufzufindender Theil für das Beweisthema in Betracht kommt, diejenigen Stellen aufzusuchen, auf welche der beweispflichtige Produzent sich berufen haben könnte bezw. wollte. (R. G. 18. II. 80.) R. C. I. (151.) 423. 424.

b. Vorlegung durch den Gegner.

§ 386.

§ 386.

Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen des Gegners, so erfolgt die Antretung des Beweises durch den Antrag, dem Gegner die Vorlegung der Urkunde aufzugeben.

§§ 105, 145, 265, 270, 389, 406, 577.

§ 387.

§ 387.

Der Gegner ist zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet:

1. wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe der Urkunde oder deren Vorlegung auch außerhalb des Prozesses verlangen kann;

H. G. B. Art. 37. W. O. Art. 39, 74.

2. wenn die Urkunde ihrem Inhalte nach eine für den Beweisführer und den Gegner gemeinschaftliche ist.

Als gemeinschaftlich gilt eine Urkunde insbesondere für die Personen, in deren Interesse sie errichtet ist oder deren gegenseitige Rechtsverhältnisse darin beurkundet sind. Als gemeinschaftlich gelten auch die über ein Rechtsgeschäft zwischen den Betheiligten oder zwischen einem derselben und dem gemeinsamen Vermittler des Geschäfts gepflogenen schriftlichen Verhandlungen.

§ 397.

1. Der § 387 der R. C. P. O. erkennt eine Editionspflicht an: 1) in den Fällen, wo sie nach Civilrecht auch außerhalb des Prozesses besteht, 2) bei gemeinschaftlichen Urkunden. Das Gesetz stellt hier, ebenso wie die preußische Allg. Gerichtsordnung (T. 10 §§ 91. 93), der civilrechtlichen eine prozessuale Editionspflicht gegenüber und seine Bestimmungen lassen nicht den mindesten Zweifel, daß die Pflicht zur Vorlegung gemeinschaftlicher Urkunden, soweit sie nicht schon civilrechtlich besteht, vielmehr nur durch die Civilprozeßordnung begründet wird, eine rein prozessuale Bedeutung hat, das heißt nur eintritt, sofern zum Zwecke der Beweisführung in einem anhängigen Prozesse die Vorlage der Urkunden nöthig ist. **Nur für die prozessuale Editionspflicht wollte die Civilprozeßordnung einheitliches Recht schaffen; an den civilrechtlichen Prinzipien, das heißt betreffs des Rechtes, auch außerhalb eines anhängigen Prozesses, durch selbständige Klage, Edition von Urkunden zu verlangen, wollte sie nichts ändern.** Letzteres wäre sogar dann anzunehmen, wenn die Worte „auch außerhalb des Prozesses" in Ziff. 1 des § 387 fehlen würden, wie dies in dem sonst ganz gleichlautenden Art. 386 Abs. 2 der bayerischen Prozeßordnung von 1869 der Fall ist, da die

Digitized by Google

Vermuthung dafür spricht, daß ein Prozeßgesetz nur prozessuale Bestimmungen geben, nicht aber Prinzipien des Civilrechts abändern wolle. (R. G. 30. XII. 84.) R. C. XII. (122.) 413.

2. **Die Partei hat kein Recht auf Vorlegung der Handelsbücher der Gegenpartei im Prozesse.** Sie hat es nicht nach bürgerlichem Rechte, ebensowenig ist sie aber auch nach Prozeßrecht schlechthin berechtigt, die Vorlegung der Handelsbücher des Gegners zu verlangen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Handelsbücher eines Kaufmannes für ihn und seine Geschäftsfreunde gemeinschaftliche Urkunden im Sinne des § 387 Nr. 2 C. P. O. sind, was von dem ersten Civilsenate des Reichsgerichtes durch Urtheil vom 3. Oktober 1885 i. S. Gottschalk w. Lazarus Rep. I 208/85 wenigstens hinsichtlich der Handelsbücher als Ganzes verneint worden ist, während ein Urtheil des dritten Civilsenates des Reichsgerichtes vom 12. Mai 1882 Rep. III 590/81 (in Seuffert's Archiv Bd. 37 Nr. 348) einer anderen Ansicht zu folgen scheint. Die Frage bedarf keiner Entscheidung, weil hinsichtlich der prozessualen Pflicht zur Vorlegung der Handelsbücher die der allgemeinen Vorschrift des § 387 Nr. 2 C. P. O. vorgehende, durch § 13 des Einführungsgesetzes zur C. P. O. aufrecht erhaltene besondere Vorschrift des Art. 37 Satz 1 H. G. B. zur Anwendung kommt. Nach Art. 37 kann der Richter im Laufe eines Rechtsstreites auf den Antrag einer Partei die Vorlegung der Handelsbücher der Gegenpartei verordnen. Mag man nun diese Bestimmung mit dem vormaligen Reichsoberhandelsgerichte (Entsch. des R. O. H. G.'s Bd. 2 S. 129) dahin verstehen, daß ein Recht der Partei auf Vorlegung der Handelsbücher des Prozeßgegners überhaupt nicht anerkannt ist, oder mag man mit Rücksicht auf den Beschluß der Kommission zur Entwerfung eines Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches (Protokolle S. 946): „in einem Artikel des Handelsgesetzbuches auszusprechen, daß eine Editionspflicht der Handelsbücher unter den Parteien bestehe", und diejenige „Fassung dieses Satzes" anzunehmen, welche im Art. 37 Satz 1 enthalten ist, der Ansicht den Vorzug geben, daß ein durch die Befugniß des Richters zur Ablehnung des Editionsantrages beschränktes Recht der Partei auf Vorlegung der Handelsbücher anerkannt ist, so ist jedenfalls außer Zweifel, daß das Prozeßgericht befugt ist, den Antrag der Partei auf Vorlegung der Bücher der Gegenpartei nach seinem Ermessen abzulehnen. Wenn hierbei Zweckmäßigkeitsrücksichten in Betracht gezogen werden, indem man sich z. B. mit einem vorgelegten Buchauszuge und notariellen Zeugnisse begnügte und von der Benutzung der Bücher selbst mit Rücksicht auf die Schwierigkeit der Benutzung der an einem entfernten Orte im Auslande befindlichen Bücher Abstand nahm, so kann in dieser Bethätigung des richterlichen Ermessens ein Verstoß gegen das Gesetz nicht gefunden werden. (R. G. 14. XI. 85.) R. C. XV. (101.) 379—381.

3. **Das Retentionsrecht des Anwalts an den Handakten berechtigt ihn nicht zur Verweigerung der Einsichtnahme.** Plenarbeschluß des O. L. G. zu Hamm vom 8. April 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 245 S. 347 ff.

4. Nach dem Gesetz (§ 387 der C. P. O.) ist **der Begriff der gemeinschaftlichen Urkunden durch die einseitige Errichtung derselben nicht**

Digitized by Google

ausgeschlossen. Es kommt vielmehr nur darauf an, ob die gegens
Rechtsverhältnisse der Parteien in den Urkunden beurkundet werden
theil des Reichsgerichts vom 12. Mai 1882. S. A. Bd. 37 B
Nr. 348 S. 471. 472.

§ 388. § 388.

Der Gegner ist auch zur Vorlegung derjenigen in seinen Händen befi
Urkunden verpflichtet, auf welche er im Prozesse zur Beweisführung Bezug ge
hat, selbst wenn dieses nur in einem vorbereitenden Schriftsatze geschehen ist.

§ 389. § 389.

Der Antrag soll enthalten:

1. die Bezeichnung der Urkunde;
2. die Bezeichnung der Thatsachen, welche durch die Urkunde bewiesen sollen;
3. die möglichst vollständige Bezeichnung des Inhalts der Urkunde;
4. die Angabe der Umstände, auf welche die Behauptung sich stützt, Urkunde sich in dem Besitze des Gegners befindet;
5. die Bezeichnung des Grundes, welcher die Verpflichtung zur Vorleg Urkunde ergiebt. Der Grund ist glaubhaft zu machen.

§ 395.

§ 390. § 390.

Erachtet das Gericht die Thatsache, welche durch die Urkunde bewiesen soll, für erheblich und den Antrag für begründet, so ordnet es, wenn der Geg gesteht, daß die Urkunde sich in seinen Händen befinde, oder wenn der Geg über den Antrag nicht erklärt, die Vorlegung der Urkunde an.

§ 391. § 391.

Bestreitet der Gegner, daß die Urkunde sich in seinem Besitze befinde, so einen Eid dahin zu leisten:

daß er nach sorgfältiger Nachforschung die Ueberzeugung erlangt hab die Urkunde in seinem Besitze sich nicht befinde, daß er die Urkun in der Absicht abhanden gebracht habe, deren Benutzung dem Bewei zu entziehen, daß er auch nicht wisse, wo die Urkunde sich befinde.

Das Gericht kann eine der Lage der Sache entsprechende Aenderung d stehenden Eidesnorm beschließen.

Auf die Leistung des Eides durch Streitgenossen, gesetzliche Vertreter, S jährige und Verschwender finden die Vorschriften der §§ 434—436 entsprechen wendung.

Hat eine öffentliche Behörde Urkunden vorzulegen, so wird der Eid v Beamten geleistet, welchem die Verwahrung der Urkunden übertragen ist.

§ 406.

Wie nach dem preußischen Prozeßrechte vor der Civilprozeßor die Partei, welche die Vorlegung der Urkunde forderte, den Editi nicht durch Führung des Beweises, daß der Gegner die Urkunde mit der Wirkung ausschließen konnte, daß dadurch die bei Verweig des Editionseides eintretende Folge herbeigeführt wurde (vgl. Kommentar zur A. G. O. I. 10 § 94 Anm. 9), so ist auch **nach C. P. O. die Abnahme des daselbst vorgeschriebenen Eides das Mittel, die Thatsache des Besitzes oder Nichtbesitzes der Urkunde festzu** Die Annahme einzelner Erklärer der C. P. O. (Puchelt, S. 228; Uebel, Bd. 1 S. 369), daß zu diesem Behufe auch ei stige Beweisführung zulässig sei, wird ausgeschlossen durch die geb Fassung des § 391 Abs. 2: „bestreitet der Gegner, daß die Urkun in seinem Besitze befinde, so hat er einen Eid dahin zu leisten, daß u. sowie durch die Fassung des § 392, in welchem eine Vorschrift da was als Inhalt der vorzulegenden und nicht vorgelegten Urkunde

Digitized by Google

soll, nur für den Fall getroffen ist, daß der Gegner der nach § 390 auf Grund seines Zugeständnisses getroffenen Anordnung, die Urkunde vorzulegen, oder der nach § 391 in Folge seines Bestreitens getroffenen Anordnung, den Eid zu leisten, nicht nachkommt, woraus zu entnehmen ist, daß diese beiden Fälle als die allein möglichen angesehen worden sind. (R. G. 2. VI. 86.) R. C. XVI. (98.) 395—396.

§ 392. **§ 392.**

Kommt der Gegner der Anordnung, die Urkunde vorzulegen oder den Eid zu leisten, nicht nach, so ist, wenn der Beweisführer eine Abschrift der Urkunde beigebracht hat, diese Abschrift als richtig anzusehen. Ist eine Abschrift der Urkunde nicht beigebracht, so können die Behauptungen des Beweisführers über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angenommen werden.

§§ 437, 406 Abs. 3.

c. Vorlegung durch einen Dritten.

§ 393. **§ 393.**

Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen eines Dritten, so erfolgt die Antretung des Beweises durch den Antrag, zur Herbeischaffung der Urkunde eine Frist zu bestimmen.

§ 397.

§ 394. **§ 394.**

Der Dritte ist aus denselben Gründen wie der Gegner des Beweisführers zur Vorlegung einer Urkunde verpflichtet; er kann zur Vorlegung nur im Wege der Klage genöthigt werden.

1. **Natur der in § 394 C. P. O. bezeichneten Klage.** Der § 394 R. C. P. O. bestimmt, daß der Dritte aus denselben Gründen, wie der Gegner des Beweisführers zur Vorlegung einer Urkunde verpflichtet ist, und erscheint es nach Fassung und Zweck dieser Bestimmung klar, daß sie nichts weiter bezweckt, als die Grundsätze, welche in § 387 a. a. O. für Urkunden, die sich in Händen des Prozeßgegners befinden, gegeben sind, auch auf Urkunden, die sich im Besitze Dritter befinden, auszudehnen, daß also auch Dritten gegenüber, soweit nicht nach Civilrecht eine Editionspflicht besteht, nur eine prozessuale Editionspflicht begründet werden sollte. Unmöglich konnte es Absicht des Gesetzes sein, in Widerspruch mit § 387 Dritten gegenüber eine civilrechtliche Editionspflicht zu begründen oder überhaupt Dritten die Editionspflicht in größerem Umfange aufzuerlegen, als dem Prozeßgegner. Hat demgemäß die Pflicht zur Vorlegung gemeinschaftlicher Urkunden, soweit sie sich auf die Bestimmungen in den §§ 387 Ziff. 2, bezw. 394 C. P. O. gründet, lediglich prozessuale Bedeutung, so folgt hieraus, daß sie nur unter der Voraussetzung wirksam wird, daß Beweis mittels der betreffenden Urkunde erboten und vom Prozeßgerichte zugelassen wird. Nach § 386 C. P. O. wird, falls die Urkunde sich in Händen des Gegners befindet, der Beweis durch den Antrag, dem Gegner die Vorlegung aufzugeben, angetreten und nach § 393 C. P. O. erfolgt, falls die Urkunde sich in Händen eines Dritten befindet, die Beweisantretung durch den Antrag, zur Herbeischaffung der Urkunde eine Frist zu bestimmen. Nach den §§ 390. 396 a. a. O. hat das Prozeßgericht in dem einen, wie in dem anderen Falle zu prüfen, ob der Antrag gerechtfertigt sei, und entsprechend zu beschließen bezw. zu entscheiden. Je nachdem das Prozeßgericht dem Antrage stattgibt oder ihn abweist, erscheint für den gegebenen Fall die

Digitized by Google

prozessuale Editionspflicht begründet oder nicht. Ohne Bela
scheint es, daß dem Dritten gegenüber die Vorlegung der Urkunde
besondere Klage begehrt wird (§ 394 C. P. O.), und kann hieraus
gefolgert werden, das Gesetz habe hier eine selbständige, ohne R
auf den Hauptprozeß einzuleitende und durchzuführende Klage im
Wie aus den Motiven zu den §§ 380—383 des Entwurfes hervo
wurde die fragliche Bestimmung gegeben, weil man es nicht geeigne
nach dem Vorgange des französischen und preußischen Rechtes, der han
schen (§ 320) und der württembergischen (Art. 642) Prozeßordnu
Entscheidung über solche Editionsanträge dem Gerichte des Hauptpr
zu übertragen und in dieser Weise den Dritten seinem ordentlichen
zu entziehen. Es handelt sich also um Bezeichnung des Weges, n
Edition von Dritten zu erwirken sei; an dem Wesen der Editions
wurde hierdurch nichts geändert. Auch bei den Verhandlungen zu
nover wurde viel darüber gestritten, ob es zweckmäßiger sei, den D
zum Hauptprozesse beizuladen, oder aber, dem bayerischen Prozeßen
folgend, die Belangung des Dritten vor seinem zuständigen Richt
zuordnen; allein darüber bestand kein Zweifel, daß im einen, n
anderen Falle lediglich ein Inzidentpunkt des Hauptprozesses in
stehe. Aus den Verhandlungen über den norddeutschen Entwurf i
vorzuheben, daß (Prot. S. 954) vorgeschlagen war, die Beiladun
Dritten von Amtswegen anzuordnen, da es sich um eine neue B
aufnahme handele, wogegen erwidert wurde, es bestehe kein Grun
den allgemeinen Prinzipien abzuweichen; es handele sich um einen N
prozeß, der in das Hauptverfahren gezogen werde. Sowie n
Falle einer Beiladung des Dritten in den Hauptprozeß kein Zweif
walten kann, daß diese Beiladung nur stattzufinden hat, wenn sie
eine gerichtliche Verfügung veranlaßt ist, und daß sie, sowie der
Zwischenstreit gegenstandslos wird, wenn der Hauptprozeß sich er
bezw. Beweis nicht weiter zu führen ist, so muß dies auch von d
sonderten Klage gelten. Sie erzeugt nur einen Nebenprozeß, bed
ihrer Begründung des Nachweises, daß im Hauptprozesse bezü
Beweis zugelassen, das heißt zur Herbeischaffung der Urkunde nach
Abs. 1 a. a. O. Frist bestimmt ist, und verliert ihren Gegenstand,
es aus irgend einem Grunde auf diese Beweisführung nicht mehr ank
(R. G. 30. XII. 84.) R. C. XII. (122.) 413—415.

2. **Das Retentionsrecht des Anwalts an den Handakten berechti
nicht zur Verweigerung der Einsichtnahme.** Plenarbeschluß des O.
zu Hamm vom 8. April 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 245 S

§ 395. § 395.

Zur Begründung des nach § 393 zu stellenden Antrags hat der Bewei
den Erfordernissen des § 389 Nr. 1 bis 3, 5 zu genügen und außerdem gl
zu machen, daß die Urkunde sich in den Händen des Dritten befinde.

§ 396. § 396.

Ist die Thatsache, welche durch die Urkunde bewiesen werden soll, erhebli
der Antrag den Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen entsprechend, so h
Gericht eine Frist zur Vorlegung der Urkunde in einem von dem Beweisfüh
erwirkenden Termine zu bestimmen.

Der Gegner kann die Fortsetzung des Verfahrens vor dem Ablaufe de
beantragen, wenn die Klage gegen den Dritten erledigt ist oder wenn der Beweis

Digitized by Google

die Erhebung der Klage oder die Betreibung des Prozesses oder der Zwangsvollstreckung verzögert.

§§ 394, 406 Abs. 4.

d. Vorlegung durch eine öffentliche Behörde.

§ 397. **§ 397.**

Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen einer öffentlichen Behörde oder eines öffentlichen Beamten, so erfolgt die Antretung des Beweises durch den Antrag, die Behörde oder den Beamten um die Mittheilung der Urkunde zu ersuchen.

Diese Vorschrift findet auf Urkunden, welche die Parteien nach den gesetzlichen Vorschriften ohne Mitwirkung des Gerichts zu beschaffen im Stande sind, keine Anwendung.

Verweigert die Behörde oder der Beamte die Mittheilung der Urkunde in Fällen, in welchen eine Verpflichtung zur Vorlegung auf § 387 gestützt wird, so finden die Bestimmungen der §§ 393—396 Anwendung.

§§ 406, 558 Abs. 3.

§ 398. **§ 398.**

Wird nach Erlassung eines Beweisbeschlusses über die in demselben bezeichneten streitigen Thatsachen Beweis in Gemäßheit der §§ 393, 397 angetreten, so ist die Beweisantretung auf Antrag zurückzuweisen, wenn durch das zur Herbeischaffung der Urkunden erforderliche Verfahren die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit den Beweis nicht früher angetreten hat.

§§ 252, 339, 398.

3. Beweisaufnahme.

§ 399. **§ 399.**

Wenn die Vorlegung einer Urkunde bei der mündlichen Verhandlung wegen erheblicher Hindernisse nicht erfolgen kann oder wegen der Wichtigkeit der Urkunde und der Besorgniß des Verlustes oder der Beschädigung bedenklich erscheint, so kann das Prozeßgericht anordnen, daß die Vorlegung vor einem seiner Mitglieder oder vor einem anderen Gerichte geschehe.

E. G. § 13 Nr. 2. H. G. B. Art. 39, 79.

Ueber „anderes Gericht" s. § 327 ad R. C. II. (100.) 373.

§ 400. **§ 400.**

Eine öffentliche Urkunde kann in Urschrift oder in einer beglaubigten Abschrift, welche hinsichtlich der Beglaubigung die Erfordernisse einer öffentlichen Urkunde an sich trägt, vorgelegt werden; das Gericht kann jedoch anordnen, daß der Beweisführer die Urschrift vorlege oder die Thatsachen angebe und glaubhaft mache, welche ihn an der Vorlegung der Urschrift verhindern. Bleibt die Anordnung erfolglos, so entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung, welche Beweiskraft der beglaubigten Abschrift beizulegen sei.

§ 380. Aufgehoben Code civil art. 1334—1336.

4. Verzicht auf das Beweismittel nach erfolgter Vorlegung.

§ 401. **§ 401.**

Der Beweisführer kann nach erfolgter Vorlegung einer Urkunde nur mit Zustimmung des Gegners auf dieses Beweismittel verzichten.

Digitized by Google

5. Echtheitsbeweis.

§ 402.

§ 402.

Urkunden, welche nach Form und Inhalt als von einer öffentlichen Behör von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person errichtet sich darstellen, die Vermuthungen der Echtheit für sich.

Das Gericht kann, wenn es die Echtheit für zweifelhaft hält, auch von wegen die Behörde oder die Person, von welcher die Urkunde errichtet sein einer Erklärung über die Echtheit veranlassen.

§§ 380, 382.

§ 403.

§ 403.

Ob eine Urkunde, welche als von einer ausländischen Behörde oder vo mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Auslandes errichtet sich darstell näheren Nachweis als echt anzusehen sei, hat das Gericht nach den Umständ Falles zu ermessen.

Zum Beweise der Echtheit einer solchen Urkunde genügt die Legalisatio einen Konsul oder Gesandten des Reichs.

§§ 380—383. R. Kons. G. v. 8./11. 67. § 14.

§ 404.

§ 404.

Ueber die Echtheit einer Privaturkunde hat sich der Gegner des Beweis nach Vorschrift des § 129 zu erklären.

Befindet sich unter der Urkunde eine Namensunterschrift, so ist die Er auf die Echtheit der Unterschrift zu richten.

Erfolgt die Erklärung nicht, so ist die Urkunde als anerkannt anzusehen nicht die Absicht, die Echtheit bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärun Partei hervorgeht.

§§ 468, 493, 577, 129 Abs. 2.

1. **Nach den §§ 404, 405, 381, 259 der C. P. O. können a Namensunterschrift entbehrende Privaturkunden, wenn sie als echt an oder erwiesen werden, für den Beweis der darin bezeugten rechtliche sachen von Erheblichkeit sein.** (R. G. 29. X. 84.) R. A. VI. (256.

2. **Der Beweis der Ausstellungszeit ist nicht als ein Bestan des Echtheitsbeweises anzusehen.** Der letztere besteht vielmeh in dem Nachweise, daß die Urkunde von ihrem angeblichen Au wirklich herrührt, beziehentlich von ihm selbst oder in seinem Auftra dessen Namensunterschrift versehen ist (vgl. § 404 C. P. O.). dies geschehen sei, kann daher bestritten sein und muß besonders b werden, auch wenn die Echtheit der Urkunde unbestritten ist. 5. VII. 86.) R. C. XVI. (107.) 438.

§ 405.

§ 405.

Die Echtheit einer nicht anerkannten Privaturkunde ist zu beweisen.

Steht die Echtheit einer Namensunterschrift fest oder ist das unter einer befindliche Handzeichen gerichtlich oder notariell beglaubigt, so hat die über der schrift oder dem Handzeichen stehende Schrift die Vermuthung der Echtheit für

Einem außergerichtlichen Geständniß kann volle Beweiskraft b werden. (R. G. 24. X. 84.) U. u. A. I. (67.) 118.

Schriftenvergleichung.

§ 406.

§ 406.

Der Beweis der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde kann auch durch vergleichung geführt werden.

Digitized by Google

In diesem Falle hat der Beweisführer zur Vergleichung geeignete Schriften vorzulegen oder deren Mittheilung in Gemäßheit der Bestimmung des § 397 zu beantragen und erforderlichen Falls den Beweis der Echtheit derselben anzutreten.

Befinden sich zur Vergleichung geeignete Schriften in den Händen des Gegners, so ist dieser auf Antrag des Beweisführers zur Vorlegung verpflichtet. Die Bestimmungen der §§ 386—391 finden entsprechende Anwendung. Kommt der Gegner der Anordnung, die zur Vergleichung geeigneten Schriften vorzulegen oder den im § 391 bestimmten Eid zu leisten, nicht nach, so gilt der Echtheitsbeweis als geführt.

Macht der Beweisführer glaubhaft, daß in den Händen eines Dritten geeignete Vergleichungsschriften sich befinden, deren Vorlegung er im Wege der Klage zu erwirken im Stande sei, so finden die Vorschriften des § 396 entsprechende Anwendung.

§ 407. **§ 407.**

Ueber das Ergebniß der Schriftvergleichung hat das Gericht nach freier Ueberzeugung, geeigneten Falls nach Anhörung von Sachverständigen zu entscheiden.

§ 259.

§ 408. **§ 408.**

Urkunden, deren Echtheit bestritten ist oder deren Inhalt verändert sein soll, werden bis zur Erledigung des Rechtsstreits auf der Gerichtsschreiberei verwahrt, sofern nicht ihre Auslieferung an eine andere Behörde im Interesse der öffentlichen Ordnung erforderlich ist.

§ 409. **§ 409.**

Ist eine Urkunde von einer Partei in der Absicht, deren Benutzung dem Gegner zu entziehen, beseitigt oder zur Benutzung untauglich gemacht, so können die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angesehen werden.

Zehnter Titel.

Beweis durch Eid (§§ 410—439).

1. Zulässigkeit.

§ 410. **§ 410.**

Die Eideszuschiebung ist nur über Thatsachen zulässig, welche in Handlungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter bestehen oder welche Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind.

§§ 266, 577, 415. E. G. § 16 Nr. 1.

1. **Die Eideszuschiebung über die Wissenschaft von Thatsachen involvirt die Zuschiebung des Eides über die Thatsachen selbst.** (Annalen Bd. III S. 328; Entsch. Bd. III S. 432.) Es ist nicht erforderlich, daß bei einer derartigen Eidesdelation auch diejenigen Wahrnehmungen, welche die Wissensquelle bilden, namhaft gemacht werden. (R. G. 16. IX. 85.) U. u. A. III. (158.) 353.

2. **Die Vorschrift des § 410,** nach welcher die Eideszuschiebung nur über Thatsachen zulässig ist, **darf nicht in dem Sinne eines unbedingten Verbotes, Rechtsbegriffe oder Urtheile in die Eidesnorm aufzunehmen, verstanden werden,** sondern es ist bei der Schwierigkeit einer scharfen Trennung der Thatsachen von Rechtsbegriffen und Urtheilen, sowie mit Rücksicht darauf, daß gewisse Rechtsbegriffe und die Befähigung zu gewissen Urtheilen bei einem jeden oder doch bei den konkreten Parteien vorausgesetzt werden dürfen, nicht ausgeschlossen, solche Begriffe und Urtheile im Sinne des Gesetzes als etwas Thatsächliches aufzufassen und mithin die Eideszuschiebung darüber zu gestatten (vgl. Protokolle der Reichstagskommission S. 167). Ob aber im Einzelnen eine solche Erkenntniß bezw.

Digitized by Google

Befähigung als vorhanden anzunehmen sei, ist Sache des richterlichen Ermessens. (R. G. 26. X. 81.) R. C. VII. (1.) 2. 3.

3. Der Umstand, daß der Begriff eines Wirthschaftsinventariums ein Rechtsbegriff ist, steht der Zulassung des Eides nicht entgegen. Denn es ist **nicht unstatthaft, in die Formel eines richterlichen Eides Rechtsbegriffe aufzunehmen, wenn der Rechtsbegriff dem Bereiche des Verständnisses dessen, von dem der Eid gefordert wird, angehört.** (R. G. 21. VI. 83.) A. VIII. (89.) 352.

4. **Die Eidesauflage ist regelmäßig auf die thatsächlichen Unterlagen eines Rechtsbegriffes zu richten; eine Ausnahme hievon tritt jedoch — nach bisheriger Praxis — dann ein, wenn es sich um einen allgemein bekannten, dem täglichen Leben angehörigen Rechtsbegriff, z. B. Kauf, Pacht u. dgl., handelt,** bezüglich dessen zu präsumiren ist, daß Jedermann, selbst bei nur gewöhnlicher Bildung und Erfahrung, das nöthige Verständniß hiervon besitze. Dasselbe gilt **über die Zulässigkeit der Eidesleistung über Hingabe eines „Darlehens"**, denn es ist über jeden Zweifel erhaben, daß der Darlehensbegriff ein solcher Rechtsbegriff sei, welcher allgemein bekannt ist, dem täglichen Leben angehört und zu der Präsumtion berechtigt, daß Jeder auch bei gewöhnlicher Bildung und Erfahrung unterscheiden könne, ob er eine an ihn bezahlte Summe Geldes als Darlehen oder als Kaufpreis für eine verkaufte und cedirte Forderung in Empfang genommen habe, zumal immer der Geldauszahlung eine Beredung zwischen den Betheiligten vorausgeht. (B. O. L. 22. XI. 81.) S. IX. (115.) 363.

5. **Unzulässigkeit der Eideszuschiebung und Eideszuerkennung über Urtheile.** (R. G. 16. VI. 82.) A. VI. (7.) 104.

6. **Die Eideszuschiebung über den Werth einer Sache ist durch § 410 C. P. O. nicht unbedingt ausgeschlossen.** Es ist dies z. B. nicht der Fall, wenn es sich nicht um geringfügige Werthsunterschiede, die etwa eine subtile Schätzung, sei es der Konjunktur oder des allgemeinen Urtheiles im Tauschverkehre, über den Werth der Sachen voraussetzen, sondern darum handelt, ob das verkaufte Objekt nicht mindestens den dreifachen Werth des Kaufpreises gehabt hat, und zwar als Gegenstand der Beobachtung von Personen, die nach ihrer geschäftlichen Thätigkeit den Durchschnittspreis, zu welchem solche Gegenstände verkauft zu werden pflegten, kennen mußten. Mag man nun das Ergebniß der Beobachtung immerhin als ein Urtheil qualifiziren wollen, so beruht dasselbe doch lediglich auf einer unmittelbaren Schlußfolgerung aus Thatsachen, welche einzelnen Personen in Folge ihrer Sachkunde bekannt sein müssen, wie insbesondere die Beschaffenheit der Waaren und die Durchschnittspreise, welche für solche Waaren im Einzelverkaufe gewährt zu werden pflegen. Daß **der Begriff der Thatsachen,** über welche, **im Gegensatze zu reinen Urtheilen,** allein nach § 410 Abs. 1 C. P. O. die Eideszuschiebung zulässig, nicht deßhalb ausgeschlossen ist, weil das bestimmte Ergebniß für das Bewußtsein des Wahrnehmenden durch Schlüsse vermittelt wird, unterliegt keinem Bedenken. Ob eine Erscheinung oder ein Ergebniß überwiegend thatsächlich oder überwiegend nur durch besondere Anwendung eines Urtheilsvermögens erschließbar ist, läßt sich nur in jedem einzelnen Falle nach Maßgabe der Kenntnisse und Erfahrungen, welche für Wahrnehmung der Erscheinung oder des Ergebnisses erforderlich waren, und des Besitzes solcher Kennt-

Digitized by Google

nisse und Erfahrungen auf Seiten desjenigen, welcher über die Wahrnehmung den Eid leisten soll, feststellen. (Vgl. Entsch. des R. G. in Civils. Bd. 7 S. 1 ff.) Wem nach Lage der Sache ein bestimmtes Ergebniß, falls es vorhanden war, auf Grund ihm nach seiner Stellung und Lebenserfahrung geläufiger thatsächlicher Verhältnisse ohne Weiteres zur Wahrnehmung gelangen mußte, der kann sich auch nicht der Verpflichtung entziehen, in Bezug auf solche Wahrnehmung einen Eid zu leisten. (R. G. 12. XI. 84.) R. C. XV. (86.) 336—338. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 253 S. 366.

7. **Der § 410 ist auch auf innere Thatsachen zu beziehen, und dahin kann auch ein Wissen des Delaten gehören;** allein die Zulassung eines Eides in der Form, daß Jemand etwas nicht wisse, würde die Bestimmung des § 410 ganz illusorisch machen und auf den früheren Ignoranzeid, welcher eben beseitigt werden sollte, zurückführen. (R. G. 9. XII. 82.) R. C. X. (96.) 324.

8. **Indem die C. P. O. die Eideszuschiebung nur über Thatsachen zuläßt, will sie Urtheile, Begriffe ausgeschlossen wissen; dagegen gestattet sie, konform mit der seitherigen Rechtsprechung, eine Delation sowohl über äußere, als über innere Thatsachen. Als Thatsachen der letzteren Art heben die Motive der C. P. O. nur bona oder mala fides ausdrücklich hervor. Aber was hier von dem innerlichen Wollen gesagt wird, gilt gleichergestalt auch vom Wissen.** Eine Verschiedenheit in der Beurtheilung des Wollens und des Wissens, als eines Gegenstandes für Eideszuschiebungen ist nur insofern berechtigt, als das Wissen nicht wie das Wollen eine geistige Handlung des Delaten ist und darum nicht unter diejenigen Thatsachen fällt, welche der § 410 C. P. O. zuerst benennt. Das Wissen ist eine rezeptive Thätigkeit und in gewissem Maße gleichbedeutend mit Wahrnehmen; der Delat weiß eine Thatsache, wenn sie Gegenstand seiner Wahrnehmung geworden ist. Daß aber über Thatsachen, welche Gegenstand der Wahrnehmung des Delaten sind, ein Eid zugeschoben werden kann, ist im zweiten Theile des § 410 C. P. O. unzweifelhaft ausgesprochen. Selbstverständlich ist hierbei, daß die Thatsache, deren Wissen durch Eid konstatirt werden will, hinreichend bestimmt bezeichnet werden muß. Nicht aber auch ist der thatsächliche Entstehungsgrund dieses Wissens, die äußerlichen Umstände, durch welche der Delat zu seiner Wissenschaft gelangt sein soll, in den Eidesantrag mit aufzunehmen. Dieses letztere Erforderniß wird in den Worten des entscheidenden Gesetzesparagraphen nicht aufgestellt und auch durch allgemeine Gründe erscheint es nicht geboten; vielmehr hieße es die Natur innerlicher Vorgänge verkennen und die Möglichkeit der Eideszuschiebung über Gegenstände der Wahrnehmung in vielen Fällen abschneiden, wollte man verlangen, daß der Deferent nicht bloß die Thatsache, welche der Delat nach seiner Behauptung weiß, sondern auch die Umstände anzuführen habe, durch welche sie ihm bekannt geworden ist. (R. G. 4. II. 81.) R. C. III. (126.) 431. 432. A. III. (92.) 329. 330. (R. C. X. (96.) 324.) — S. dagegen **Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts Bd. I S. 155 ff. bis 162.** Derselbe spricht sich gegen die Ansicht des Reichsgerichts aus, erachtet aber einen solchen Eid, obwohl er denselben für sehr bedenklich erklärt, dennoch nicht für unzulässig. (Es bezieht sich der Fall auf § 3 Ziff. 2 des Ge-

Digitized by Google

setzes betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners
halb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879.)

9. Es ist Sache des Richters, zu beurtheilen, **ob in gewi**
klärungen oder in sonstigen Thatsachen der ausdrückliche oder stillschw
Abschluß eines Vertrages enthalten ist, und diese für relevant er
Erklärungen oder Thatsachen in die Eidesformel aufzunehmen.
20. III. 85.) U. u. A. I. (284.) 463.

10. **Ueber ein Rechnungsresultat** (die Summe ohne Bezeichnu
Summanden) **ist ein richterlicher Eid zulässig.** Die Bestimmung,
Eideszuschiebung nur über Thatsachen zulässig ist, hindert die Zu
nicht. So z. B. steht die durch eine Addition einzelner Kaufpreise
zurechnende Summe des Erlöses innerhalb des Bereiches der Tha
(R. G. 21. VI. 83.) A. VIII. (89.) 351.

11. **Zulässigkeit einer Eidesauflage über Besitzhandlungen.** De
ist kein Rechts-, sondern seinem Wesen nach ein faktisches
hältniß, es sind daher auch die Besitzhandlungen keine Rechtsg
(Koch, Kommentar in Anmerk. zum Preuß. Landrecht Thl. I
Bd. I S. 324 Ziff. 20 Abs. 2.) Wenn es sich somit um Erwe
Besitzes fragt, so steht ein faktisches Verhältniß in Frage und
Apprehension desselben abzielenden Handlungen einer physischen,
fähigen Person können nur faktischer Natur sein, denn die
hension besteht in einer körperlichen Handlung, wodurch es de
delnden möglich wird, die physische Herrschaft über die Sache
zu machen. (Koch a. a. O. S. 326 Ziff. 25 a.) Auch die Besitzerg
durch Tradition gehört hierher, indem in dieser Hinsicht unter
und traditio eine körperliche (natürliche) Uebergabe der Sache
neuen Erwerber als in die Augen fallende Handlung verstanden
(l. 8 Dig. (15, 1.)) — (B. O. L. 15. III. 81.) S. IX. (27.)

12. **Ueber die Thatsache wörtlicher Erbschaftsantretung ist die**
zuschiebung zulässig. (R. G. 20. IX. 82.) A. VI. (84.) 378.

13. **Enthält eine Eideszuschiebung nicht einen bestimmten, na**
und Umständen einigermaßen spezialisirten Ehebruch, wird vielmeh
allgemein über Ehebruch der Eid zugeschoben, so läuft dieselbe auf
dem jetzigen Prozeßrecht unbekannten Kalumnieneid hinaus, durch de
ein bestimmtes Ereigniß bewiesen, sondern der Beklagte genöthigt
soll, sich von dem unbestimmten Verdacht, er könne vielleicht ir
irgend einmal die Ehe gebrochen haben, eidlich zu reinigen. Urth
O. L. G. zu Hamburg vom 30. April 1885. S. A. XLI. bez
(240.) 368. 369.

14. **Die Eideszuschiebung über die Voraussetzung des § 24 Nr**
K. O. erfordert eine nähere thatsächliche Substantiirung. Es ist n
lässig, sich durch Eideszuschiebung über den ganz allgemeinen dem
entlehnten Begriff der Darlegung, in welcher Richtung diese Abs
thätigt worden, zu entziehen und alle unbestimmt bleibenden Mögli
der Erwägung und dem Gewissen des Schwörenden anheimzugeben
mit steht auch das Urtheil des 3. Sen. des R. G. vom 4. Febr
(Entsch. Bd. 3 S. 430, Seuffert, Archiv Bd. 36 Nr. 240) n
Widerspruch, da in dem dort behandelten Fall anderweit festgestel
daß der Gemeinschuldner in der Absicht der Benachtheiligung der

Digitized by Google

biger gehandelt hatte und nur für die Kenntniß dieser Absicht seitens des Anfechtungsbeklagten die Eideszuschiebung in Frage kam. Es kommt aber für die Unzulässigkeit der Eideszuschiebung über ein so allgemeines Beweisthema, wie es hier zunächst vorausgesetzt wird, noch hinzu, daß nach § 410 der C. P. O. die Eideszuschiebung nur über Thatsachen zulässig ist, die Gegenstand der Handlung oder Wahrnehmung des Delaten gewesen sind. Urtheil des Reichsgerichts vom 12. November 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 253 S. 365.

15. **Die Eideszuschiebung über den Tod eines Menschen ist ein zulässiges Beweismittel.** Der Tod ist eine Thatsache, und wenn diese Thatsache Gegenstand der Wahrnehmung des Prozeßgegners geworden ist, so ist nicht abzusehen, weßhalb sie nicht gemäß § 410 C. P. O. zum Gegenstande einer Eideszuschiebung sollte gemacht werden können. Immerhin ist jedoch dabei vorauszusetzen, daß es sich nicht um eine gänzlich fremde, sondern um eine solche Thatsache handelt, welche der Delat wahrgenommen hat, bezw. hätte wahrnehmen können. (R. G. 2. II. 83.) R. C. VIII. (44.) 173.

16. **Die unbegründete Hinzufügung von Zusätzen zu einem von den Parteien zugeschobenen Eid seitens des Richters ist unstatthaft.** (R. G. 1. XI. 81.) A. IV. (148.) 518. 519.

17. Der § 410 stellt die Bedingungen der Eideszuschiebung in objektiver Beziehung fest. Er bezeichnet die Thatsachen, über welche ein Eid zugeschoben werden kann. Hält der Richter eine Thatsache als nicht geeignet für einen Eidesantrag, so ist die Kontroverse, die darüber entsteht, ein Streit, ob der Richter die in § 410 C. P. O. aufgestellten Voraussetzungen der Eideszuschiebung verletzt habe oder nicht, mit anderen Worten, ob er diese Bestimmung des Prozeßrechtes richtig angewendet habe. Auf den Grund, aus welchem der Richter die Thatsache, worüber der Eid zugeschoben, als hierzu geeignet oder ungeeignet erklärt hat, kann es nicht weiter ankommen. Ein zur Revision berechtigender Fall der Mißanwendung des § 410 C. P. O. liegt immer vor, wenn eine Eideszuschiebung abgeschlagen oder angenommen wird, während sie bei richtiger Anwendung des § 410 auf den konkreten Fall anzunehmen oder abzuschlagen gewesen wäre. Hiernach **versteht es sich von selbst, daß ein zulässiger Revisionsgrund auch dadurch entstehen kann, daß der Richter einen Eidesantrag für thatsächlich nicht genügend substanziirt erklärt hat, welcher bei richtiger Auffassung und Anwendung des in Frage kommenden Prozeßgrundsatzes als ein dem Gesetze entsprechendes Eidesthema sich darstellen mußte.** (R. G. 4. II. 81.) R. C. III. (126.) 430. 431. A. III. (126.) 430. 431.

18. Die Civilprozeßordnung will zwar die Eideszuschiebung grundsätzlich nur über eigene Handlungen und Wahrnehmungen der Prozeßparteien zulassen, mithin über Handlungen und Wahrnehmungen Dritter verbieten, jedoch nicht auch insoweit, als Handlungen oder Wahrnehmungen von Personen in Frage stehen, welche Vertreter oder Rechtsvorgänger des Gegners waren. Derartige Thatsachen sind für die Verstattung des Eidesantrages den eigenen Handlungen und Wahrnehmungen des Gegners gleichgestellt worden; vornehmlich mit Rücksicht darauf, daß „der Ausschluß der Eidesdelation die beweispflichtige Partei in eine unverhältnißmäßig ungünstige Lage bringen und dem Gegner Vortheile zu-

Digitized by Google

wenden würde, auf welche er im Vergleiche zu Personen, die ohn
treter gehandelt haben, oder die nicht als Rechtsnachfolger auf
keinen Anspruch hat" (Motive zu § 397 des Entwurfes S. 276).
nach **kann zweifellos die Handlung dessen, welcher den Rechtsvorgäng
Gegners zu vertreten hatte, ebenfalls durch Eid dargethan werden.**
Sinne des § 410 C. P. O. müssen auch solche Personen als „Ve
des Gegners" gelten. Der Beweisführer soll eben darunter nicht
daß er genöthigt ist, mit einem Rechtsnachfolger des eigentlichen G
zu streiten. (R. G. 1. XI. 82.) R. C. VIII. (94.) 342. 343. A
(24.) 84. 85.

19. Was das Gesetz unter dem in § 410 R. C. P. O. gebr
Ausdrucke **„Rechtsvorgänger"** verstanden haben will, muß, weil
Bestimmungen fehlen, nach dem Begriffe des Ueberganges von
im Allgemeinen, und für das besondere Gebiet des betreffenden Ansp
sowie nach seiner Bedeutung für den Eidesbeweis beurtheilt werden.
der § 410 a. a. O. auch eine Singularsuccession begreifen will,
der Sprachgebrauch der Civilprozeßordnung, welche auch im Fal
Veräußerung und der Zession von einem Rechtsnachfolger spricht
§§ 236. 237 C. P. O.). Im Sinne des § 410 a. a. O. bewir
jeder Uebergang eines Rechtes von einer Person auf die andere in
auf das übertragene Recht eine Rechtsnachfolge. Es kann dies
geschehen, daß Gegenstand des Ueberganges ein Recht ist, welches
bereits bei dem Uebertragenden in derselben Gestalt und in den
Umfange vorhanden war, worin es beim Nachfolger erscheint, o
daß die Uebertragung verbunden wird mit der Konstituirung eines
Rechtes, bei welchem das übertragene Recht die Grundlage für d
konstituirte bildet. So handelt es sich z. B. bei der Zession eines
rechtes an einer fremden Sache um einen einfachen Rechtsübergang
der Einräumung eines Pfandrechtes an der eigenen Sache aber v
sich neben der Uebertragung eines aus dem Eigenthum entsprin
Rechtes, auf Grund welcher der Pfandgläubiger das Recht erlang
das Pfand durch Veräußerung zu verfügen, auch die Neubildung
vorher noch nicht vorhanden gewesenen Rechtes. Diese Neubildung
aber nach dem Grundsatze, daß Niemand mehr Rechte übertragen
als er selbst besitzt (§ 101 Einl. zum A. L. R.), auf der Voraus
daß der Rechtsurheber das Recht der Verfügung über die betr
Sache hatte (§ 15 A. L. R. I. 20), daß also ein Rechtsübergang
lich eines von der Gesammtheit des Eigenthumsrechtes abgez
Sonderrechtes eingetreten sein muß. Im gewöhnlichen Sinne
man unter Rechtsnachfolge nur die Fälle der ersteren Art, bei
das Recht des Nachfolgers dasselbe ist, wie beim Rechtsvorgänger
dem Gebiete der Anfechtungen aus dem Gesetze vom 21. Juli 187
die Anfechtungen von Rechtshandlungen außerhalb des Konkurses h
das Reichsgericht bereits den Begriff in jenem weiteren Sinne ange
indem es in der in den Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 9 S.
abgedruckten Entscheidung als **Rechtsnachfolger im Sinne des § 11
fechtungsgesetzes** auch denjenigen bezeichnete, welchem eine Grundsch
stellt war an dem Grundstücke, das der Vertragsgenosse von dem Sch
erworben hatte. Das, was von dem Rechtsnachfolger des Ve

Digitized by Google

genossen gilt, gilt ebenso von diesem selbst, wenn ihm durch eine vollstreckbare Urkunde das Mittel gegeben ist, ein Pfändungspfandrecht zu erlangen, und er sich in den Besitz eines solchen setzt. Eine solche Pfändung unterscheidet sich für den Anspruch aus dem Anfechtungsgesetze in nichts von der freiwilligen Bestellung eines Pfandes. Einer solchen weiteren Fassung des Begriffes der Rechtsnachfolge steht der in Frage stehende § 410 a. a. O. selbst nicht entgegen. Nach den Motiven zu dem unverändert in das Gesetz aufgenommenen § 397 des Entwurfes zur C. P. O. ist die Zulassung der Eideszuschiebung über Handlungen des Rechtsvorgängers oder Vertreters an den Rechtsnachfolger aus dem praktischen Bedürfnisse hervorgegangen. „Häufig wird es der Partei unmöglich sein, sich über Handlungen und Wahrnehmungen der Rechtsvorgänger und Vertreter ihres Gegners andere Beweismittel zu verschaffen." „Auch abgesehen davon ist der Gegner regelmäßig in der Lage und außerdem auch verpflichtet, über die betreffenden Thatsachen nähere Erkundigung einzuziehen, um sich über ihre Wahrheit eine Ueberzeugung zu verschaffen (Motive 276 ff.)." In der That läßt sich auch ein anderer Grund für die in Rede stehende Ausdehnung des Eidesbeweises nicht finden, als auf der einen Seite die Nothwendigkeit eines Schutzes gegen den Verlust des Beweismittels durch die Willkür dessen, an welchen die Partei sich ohne die durch ihn bewirkte Veränderung hätte halten können, auf der anderen Seite die Vermuthung, daß der Delat in der Lage gewesen sei, sich eine Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der betreffenden Thatsache zu verschaffen. Dieser Grund des Gesetzes ist vorzugsweise nach beiden Richtungen gegeben bei der Anfechtung aus dem Gesetze vom 21. Juli 1879, wo die Rechtsübertragung in der Absicht geschieht, um den Gläubiger zu benachtheiligen, ein Schutz des letzteren gegen den Verlust des Beweismittels also besonders angezeigt erscheint, der Vertragsgenosse des Schuldners aber auch schon seiner eigenen Sicherheit halber darauf hingewiesen ist, sich zu vergewissern, welche Absicht dem Schuldner bei Vornahme der betreffenden Rechtshandlung beiwohnt. (R. G. 24. X. 85.) R. C. XV. (96.) 368—372.

20. Wenn der **Indossatar** den Wechsel nur als Mandatar des Indossanten von diesem übernommen hat, so ist er prozessualisch auch als dessen **Rechtsnachfolger** in Beziehung auf den Wechsel zu behandeln. U. u. A. I. (269.) 441.

21. Die Bedeutung der Ausdrücke **„Rechtsvorgänger und Vertreter"** ist, wie auch in den Motiven hervorgehoben wird, nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurtheilen. Wenn dann aber weiter in den Motiven bemerkt wird, „unter Vertreter ist derjenige zu verstehen, für dessen Handlungen die Partei haftet", so kann dieses für zutreffend nicht erachtet werden, da keineswegs nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes jeder, für dessen Handlungen ein Dritter nach dem bürgerlichen Rechte haftet, als dessen Vertreter angesehen werden kann. **Unter einem Vertreter im Sinne des § 410 der R. C. P. O. sind vielmehr nur, aber auch alle die Personen zu verstehen, welche im Namen der Partei oder für die Partei gehandelt haben, so daß dieselbe deren Handlungen als die ihrigen gelten läßt oder gelten lassen muß.** Die weiter gehende Auffassung des Wortes „Vertreter", von welcher die Motive ausgehen, steht nicht allein nicht in Einklang mit dem Sprachgebrauche und mit den

Digitized by Google

Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes, sondern widerspricht auch dem Zwecke, welchen der Gesetzgeber bei Erlaß der Vorschriften über die Eideszuschiebung in § 410 C. P. O. verfolgt hat, indem das Gebiet der Eideszuschiebung über facta aliena erheblich erweitert wird, während man mit Rücksicht auf die üblen Erfahrungen, welche man mit der Zulässigkeit der Eideszuschiebung über facta aliena gemacht hatte, die Eideszuschiebung über diese, soweit wie irgend thunlich, beschränken wollte. (R. G. 10. III. 85.) R. C. XIII. (91.) 355—357.

22. Ueber facta aliena gestattet § 410 eine Eideszuschiebung nur insoweit, als dieselbe eine Handlung oder Wahrnehmung der Vertreter oder Rechtsvorgänger des Prozeßgegners betrifft. Wie sich aus den Motiven zu § 397 des Entwurfes — S. 276 — ergibt, wollte der Gesetzgeber nicht mit dem Votum des achten Juristentages die **Eideszuschiebung über Handlungen Dritter** gänzlich beseitigen, letztere vielmehr, weil sie insoweit einem Bedürfnisse des Rechtslebens entspreche, in dem beschränkten Umfange des § 410 C. P. O., und nur in diesem Umfange, zulassen. Ein Hinausgehen über die gesetzliche Grenze erscheint daher völlig ausgeschlossen. (R. G. 7. XII. 80.) R. C. III. (111.) 399.

§ 411.

§ 411.

Die Eideszuschiebung über eine Thatsache, deren Gegentheil das Gericht für erwiesen erachtet, ist unzulässig.

1. **Unter der Thatsache im Sinn des § 411 ist immer nur diejenige zu verstehen, welche den unmittelbaren Gegenstand der Eideszuschiebung bildet.** Wie schon der Wortlaut der vom Gesetze gebrauchten Ausdrucksweise, so führt hierauf auch der Umstand, daß die Bestimmung des § 411 nach ihrem inneren Grunde ganz zusammenfällt und auch in historischem Zusammenhange steht mit dem früheren gemeinrechtlichen Satze, daß der direkte Gegenbeweis nicht durch Eideszuschiebung geführt werden könne (vgl. c. 2 X. de prob. 2. 19). Ganz wie dieser Satz auf den direkten Gegenbeweis im engeren Sinn oder den unmittelbaren, natürlichen direkten Gegenbeweis einzuschränken war, so **darf auch die in § 411 der C. P. O. enthaltene Bestimmung nur bezogen werden auf solche Thatsachen, die mit derjenigen, welche das Gericht für erwiesen erachtet, schlechthin unvereinbar sind, und nicht erstreckt werden auf solche Thatsachen, die nur als Gegenbeweisgründe oder Gegenanzeigen gegen die Wirklichkeit jener anderen Thatsache dienen sollen.** (Wegen des früheren Rechts vgl. Martin Vorlesungen Bd. 2 § 135 S. 93; Bayer Vorträge 10. Aufl. § 237 S. 770; Fitting Haupt- und Gegenbeweis S. 36; Renaud Civilprozeßrecht 2. Aufl. § 101 S. 263; Seuffert Archiv Bd. 4 Nr. 85; Bd. 8 Nr. 105; Bd. 24 Nr. 280; vgl. auch hannov. bürgerl. P. O. § 292 Abs. 2.) Urtheil des Reichsgerichts vom 16. Mai 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (147.) 226. 227.

2. **Die Bestimmung des § 411 setzt nicht voraus, daß eine Beweisaufnahme stattgefunden habe,** Voraussetzung ist nur, daß das Gericht eine Thatsache für erwiesen erachte. Eine solche Ueberzeugung kann das Gericht sich auch bilden, ohne daß eine Beweisaufnahme stattgefunden hat, spricht doch § 259 C. P. O. von dem Ergebnisse einer etwaigen Beweisaufnahme nur als von einem der Momente, welches das Gericht bei der

Digitized by Google

Bildung der Ueberzeugung zu berücksichtigen hat. (R. G. 19. VI. 87.) R. C. XVIII. (33.) 163.

3. Das Gesetz schließt die Eideszuschiebung über Thatsachen aus, „deren Gegentheil das Gericht für erwiesen erachtet". **Hiermit haben,** wie schon die Worte deutlich besagen und überdem die Motive zu § 398 des Entwurfes der C. P. O. (S. 277) hervorheben, **Thatsachen getroffen werden sollen, rücksichtlich deren bereits rechtliche Gewißheit vorliegt, welche, das Gericht mag sie für erwiesen oder für widerlegt halten, in dem anhängigen Prozesse nicht mehr streitig, daher zu fernerer Beweisaufnahme nicht mehr geeignet sind.** Anders verhält es sich dann, wenn das Gericht findet, daß durch die Ergebnisse der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme weder die Wahrheit noch die Unwahrheit eines geleugneten Parteivorbringens ausreichend dargethan sei. Solchenfalls steht es nach § 437 C. P. O. in dem freien Ermessen des Richters, einer von beiden Parteien einen Eid aufzuerlegen. Sieht aber der Richter hiervon ab, so bleibt die geleugnete Thatsache einstweilen noch streitig, mithin weiterer Beweiserhebung und je nach Lage der Sache auch der Eideszuschiebung zugänglich. **Sogar die äußerste Unwahrscheinlichkeit der Parteibehauptung berechtigt den Richter nicht, die Eideszuschiebung für unstatthaft zu erklären.** Was nur unwahrscheinlich ist, kann immerhin wahr sein. Einige Prozeßordnungen ermächtigen allerdings den Richter zur Verwerfung des Eidesantrages über Thatumstände, welche sich als ganz unwahrscheinlich darstellen. In der Civilprozeßordnung findet sich aber eine derartige Bestimmung nicht und die Motive (S. 278) geben die Gründe der Weglassung an. Damit ist jeder Zweifel darüber beseitigt, daß die Anwendung des § 411 C. P. O. auf unwahrscheinliche Thatsachen den Absichten des Gesetzgebers zuwiderläuft. (R. G. 2. XII. 81.) R. C. V. (122.) 429. 430. A. V. (45.) 203.

4. **Nach § 411 C. P. O. ist die Eideszuschiebung auch unzulässig gegenüber einem vermöge gesetzlicher Vorschrift als erbracht anzusehenden Urkundenbeweise.** Nach der Vorschrift des § 411 C. P. O. ist die Eideszuschiebung über eine Thatsache, deren Gegentheil das Gericht für erwiesen erachtet, unzulässig, und bei dieser Vorschrift **kann es keinen Unterschied machen, ob das Erachten des Gerichtes sich auf freie Beweiswürdigung oder auf die Anwendung einer gesetzlichen Beweisregel gründet.** (So auch Gaupp, Kommentar Bd. 2 S. 283. Anderer Meinung sind in ihren Kommentaren zu den §§ 383. 411 Petersen, Seuffert, Struckmann, Wilmowski.) — (R. G. 30. X. 85.) R. C. XV. (98.) 375.

§ 412. **§ 412.**

Eine nicht beweispflichtige Partei übernimmt durch Eideszuschiebung nicht die Beweispflicht.

§ 413. **§ 413.**

Die Zurückschiebung des Eides ist nur insofern zulässig, als nach den Bestimmungen des § 410 die Zuschiebung desselben zulässig sein würde.

Sie findet nicht statt, wenn die Partei, welcher der Eid zugeschoben ist, nicht aber die Gegenpartei über ihre eigene Handlung oder Wahrnehmung zu schwören haben würde.

§§ 270, 495.

Digitized by Google

§ 414.

§ 414.

Der Eid kann nur der Partei, nicht einem Dritten zugeschoben oder z
schoben werden. Die Zuschiebung oder Zurückschiebung an einen Nebenintervo
findet nur statt, wenn dieser als Streitgenosse der Hauptpartei anzusehen ist (§

§ 415.

§ 415.

Das Gericht kann anordnen, daß die in den §§ 410, 413, 414 enthalten
schränkungen für die Zuschiebung und Zurückschiebung des Eides nicht zur Ann
kommen sollen, wenn die Parteien in Betreff des zu leistenden Eides einig s
der Eid sich auf Thatsachen bezieht.

§§ 410, 413, 414.

1. **Die Voraussetzung des § 415, daß die Parteien in betreff leistenden Eides einig sind, wird nicht schon durch die bloße Eidesann seitens des Delaten hergestellt**; es wird vielmehr eine Einigung de teien und eine darüber dem Richter abgegebene Erklärung, daß d trotz der fehlenden Voraussetzungen des § 410 zugelassen und von Leistung der Beweis des Eidesthemas abhängen solle, erfordert. solche Einigung ist noch nicht einmal daraus allein zu folgern ein pure zugeschobener Eid pure angenommen wird, da die An auch dann unter der Voraussetzung, daß es nach dem Befinden des R auf diesen Eid entscheidend ankomme und der Eid vom Richter für lich zulässig erachtet würde, erfolgt. (R. G. 9. XII. 82.) R. (96.) 325.

2. **Eine Einigung der Parteien über eine Eidesleistung ist dann vorhanden, wenn die Annahme eines zurückgeschobenen Eides lediglich der Voraussetzung stattgefunden hat, daß derselbe durch das Geri gesetzlich zulässig erklärt werde.** Urtheil des obersten L. G. für B vom 31. März 1886. S. XI. (148.) 375.

2. Beweisantretung.

§ 416.

§ 416.

Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Erklärung, daß dem Gegn die bestimmt zu bezeichnende Thatsache der Eid zugeschoben werde.

Erklärung auf den Eid.

§ 417.

§ 417.

Die Partei, welcher der Eid zugeschoben ist, hat sich zu erklären, ob sie annehme oder zurückschiebe, selbst wenn sie Einwendungen in Beziehung auf die zuschiebung vorbringt.

Giebt die Partei keine Erklärung ab oder schiebt sie in einem Falle, in die Zurückschiebung unzulässig ist, den Eid zurück, ohne denselben bedingt anzu so wird der Eid als verweigert angesehen.

§§ 270, 420, 493, 495.

1. **Der Delat, welcher den ihm zugeschobenen Eid dem Deferen einem Falle, in welchem die Zurückschiebung des Eides gesetzlich un ist, in erster Instanz zurückgeschoben hat, kann in der Berufungsinsta Eid noch annehmen.** (R. G. 18. II. 87.) R. C. XVII. (106.) S. hierüber bei § 493.

2. **Stellung des Pfändungspfandgläubigers als Nebenintervenien Prozesse, insbesondere bei Eideszuschiebung.** Der Nebenintervenient

Digitized by Google

allerdings nicht statt der Hauptpartei schwören; das führt aber nur dazu, daß er den Eid nicht für sich annehmen kann. In Vertretung der Hauptpartei ist er aber berechtigt, statt derselben alle diejenigen Erklärungen abzugeben, welche dieselbe für ihre Person abgeben kann. Der Nebenintervenient kommt jedoch hierbei als selbständige Partei nicht in Frage. (R. G. 3. VI. 85.) U. u. A. II. (196.) 426. 427.

§ 418. **§ 418.**

Durch die Zuschiebung, Annahme oder Zurückschiebung des Eides wird die Geltendmachung anderer Beweismittel von Seiten der einen oder der anderen Partei nicht ausgeschlossen.

Werden andere Beweismittel geltend gemacht, so gilt der Eid nur für den Fall als zugeschoben, daß die Antretung des Beweises durch die anderen Beweismittel erfolglos bleibt.

1. **Abs. 1.** Nach §§ 418 und 491 der C. P. O., und da der § 423 daselbst sich nur auf die Annahme oder Zurückschiebung des Eides bezieht (vgl. Hahn Materialien zur C. P. O. S. 660. 1131 ff. 1167. 1168), **kann es nicht zweifelhaft sein, daß die Ersetzung der Eideszuschiebung durch andere Beweismittel in der Berufungsinstanz und insbesondere auch dann statthaft ist, wenn auf Ableistung des angetragenen und angenommenen Eides in 1. Instanz bereits durch bedingtes Endurtheil erkannt worden ist.** Erk. des O. L. G. zu Braunschweig vom 17. Oktober 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 164 S. 235.

2. **Abs. 2. Die Vorschrift des § 418 Abs. 2 der R. C. P. O. gilt allerdings auch dann, wenn der zugeschobene Eid bereits angenommen und durch Beweisbeschluß aufgegeben worden ist. Allein wenn dieser Eid wirklich abgeleistet ist, so treten auch bezüglich seiner die Wirkungen des § 428 a. a. O. ein.** Vgl. Seuffert zu § 418 Anm. 2, v. Wilmowski und Levy zu § 418 Anm. 1.) (R. G. 14. XII. 86.) R. C. XVII. (81.) 335.

§ 419. **§ 419.**

Werden andere Beweismittel geltend gemacht, so ist die Partei, welcher der Eid zugeschoben wurde, nicht verpflichtet, sich über die Eideszuschiebung früher zu erklären, als bis die Eideszuschiebung nach Aufnahme oder sonstiger Erledigung der anderen Beweismittel wiederholt ist.

Sind andere Beweise aufgenommen, so kann die vorher abgegebene Erklärung widerrufen werden.

§ 422.

Der § 419 der R. C. P. O. bestimmt: „Werden andere Beweismittel geltend gemacht, so ist die Partei, welcher der Eid zugeschoben wurde, nicht verpflichtet, sich über die Eideszuschiebung früher zu erklären, als bis die Eideszuschiebung nach Aufnahme oder sonstiger Erledigung der anderen Beweismittel wiederholt ist." Für den anderen Fall der fraglichen Art ist also ausdrücklich die Wiederholung der Eideszuschiebung nach Erhebung der anderen Beweise vorgeschrieben. Daß dieses der Sinn des Paragraphen ist, wird auch durch die Entstehungsgeschichte bestätigt. Der dem Reichstage vorgelegte Entwurf (§ 404) bestimmte in Betreff der eventuellen Eideszuschiebung, daß die Erklärung hierüber spätestens in dem Termine abzugeben sei, in welchem über dem Ergebnisse der anderweiten Beweise verhandelt werde. Der § 419 erhielt seine gegenwärtige Fassung durch einen Abänderungsvorschlag des Abgeordneten v. Forçade in der Justizkommission des Reichstags. Der

Digitized by Google

Antragsteller bezweckte nach seinen Ausführungen, mit dem Antrag zusprechen, einmal, daß die Erklärung über die eventuelle Eideszusch nicht immer und unbedingt schon in dem Termin stattfinden mü welchem das Ergebniß der anderen Beweise verhandelt werde, und daß der Delat über einen vor Beendigung der Beweisaufnahme e deferirten Eid auf keinen Fall eher sich zu äußern brauche, al derselbe definitiv angetragen sei. Bei der Verhandlun den Antrag wurde von einem Bundeskommissär erklärt, daß au dem Entwurfe der Delat sich auf eine eventuelle Eidesdelation erklären brauche, wenn ihm der Eid in der Verhandlung die erfolgte Beweisaufnahme endgiltig angetragen n Auch von einem anderen Bundeskommissär und von anderen Mitg der Justizkommission wurde die Ansicht ausgesprochen, daß die Wi holung der Delation eines vor der Beweisaufnahme eve zugeschobenen Eides nach der Erhebung der Be nöthig sei; und von keiner Seite wurde eine abweichende Ansic treten (vgl. Materialien der Reichs-Justizgesetze, Ausgabe v. Bd. II S. 658. 659). Hieraus ergibt sich, daß **auf einen vor E der in erster Linie vorgeschlagenen anderweiten Beweise eventuell de Eid nur dann einzugehen ist, wenn die Eideszuschiebung nach der erhebung wiederholt wird.** Diese Regel gilt nicht nur für den Fall der Eid in einem früheren Termine als in demjenigen, in welch Beweiserhebung stattfindet, eventuell zugeschoben worden ist. We Fassung des Gesetzes, noch die Entstehungsgeschichte rechtfertige Unterscheidung, je nachdem der Eid in dem Beweisaufnahmetermin vor Erhebung der anderen Beweise, oder in einem früheren T eventuell deferirt ist. (R. G. 8. XI. 82.) A. VI. (107.) 486

§ 420.

§ 420.

Wegen unterbliebener Erklärung auf eine Eideszuschiebung kann der dann als verweigert angesehen werden, wenn die Partei durch das Gericht klärung über den Eid aufgefordert ist.

§§ 319 Abs. 1, 468.

§ 421.

§ 421.

Der zurückgeschobene Eid gilt auch ohne ausdrückliche Erklärung über nahme als von dem Beweisführer angenommen.

Widerruf der Erklärung.

§ 422.

§ 422.

Die Zurückschiebung des Eides kann außer dem Falle des § 419 Abs. rufen werden, wenn der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Ei rechtskräftig verurtheilt oder wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Gegner erfolgter Zurückschiebung des Eides von einer solchen Verurtheilung Kenn langt habe.

§§ 432, 439.

§ 423.

§ 423.

Die Annahme oder Zurückschiebung des Eides kann außer den Fällen d Abs. 2 und des § 422 nicht widerrufen werden.

Eidesnorm.

§ 424.

§ 424.

Ueber eine Thatsache, welche in einer Handlung des Schwurpflichtigen oder Gegenstand seiner Wahrnehmung gewesen ist, wird der Eid dahin geleiste daß die Thatsache wahr oder nicht wahr sei.

Digitized by Google

Ist eine solche Thatsache vom Gegner des Schwurpflichtigen behauptet und kann dem letzteren nach den Umständen des Falles nicht zugemuthet werden, daß er die Wahrheit oder Nichtwahrheit derselben beschwöre, so kann das Gericht auf Antrag die Leistung des Eides dahin anordnen:

daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt habe, daß die Thatsache wahr oder nicht wahr sei.

Ueber andere Thatsachen wird der Eid dahin geleistet:

daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt oder nicht erlangt habe, daß die Thatsache wahr sei.

1. Nach der Bestimmung in § 424 C. P. O. ist **ein Ignoranzeid nicht zulässig**, da sie nicht eine Ausnahme von den Erfordernissen des § 410 statuiren, sondern nur unter der Voraussetzung, daß es an diesen Requisiten nicht fehlt, gewissenhaften Schwurpflichtigen die Leistung des Eides ohne Gewissensbedrückung ermöglichen, Gewissenszwang verhüten soll. (R. G. 9. XII. 82.) R. C. X. (96.) 324.

2. **Abs. 2 u. 3. Es ist nicht zu schwören, daß man eine Ueberzeugung nicht erlangt habe, sondern es ist ein positives Glauben und Dafürhalten zu versichern**, und die religiöse und rechtliche Bedeutung des Eides als solchen bringt es mit sich, daß durch einen derartigen Glaubenseid nicht ein vages, unkritisches und ungeprüftes Meinen versichert werden soll, sondern eine Ueberzeugung, die zwar ein Wissen zu sein nicht beansprucht, aber auf ehrliches und gewissenhaftes Bemühen, die Wahrheit zu erfahren, gestützt, sich dem Schwörenden durch überwiegende Wahrscheinlichkeitsgründe als die richtige aufgedrängt hat. **Der Schwörende soll sich, wenn ein Glaubenseid geleistet werden muß, nicht nach der Thatsache erkundigen, ob er glaubt, sondern nach der Wahrheit der Thatsache, an welche zu glauben, er sich zu beschwören bereit findet.** (R. G. 7. X. 82.) R. A. IV. (331.) 733 ff. R. St. VII. (58.) 185 ff. A. VI. (122.) 428 ff.

3. Der Regel nach wird der Parteieneid als Wahrheitseid, also dahin geleistet, daß die den Gegenstand der Beweisführung bildende Thatsache wahr oder nicht wahr sei. Es erschien aber, was zunächst den zugeschobenen Eid anbelangt, einerseits undurchführbar, den Beweis durch Eid auf eigene Handlungen oder Wahrnehmungen des Schwurpflichtigen zu beschränken, andererseits machte sich die Erwägung geltend, daß die unbeschränkte Gestattung der Eideszuschiebung auch über andere, dem Schwurpflichtigen möglicherweise ganz unbekannte Thatsachen zu Gewissensdruck oder zu leichtsinnigem Schwören führen könne. So wurde es denn schon im gemeinen Prozeßrechte und in neueren Prozeßordnungen für zulässig anerkannt, in gewissen Fällen an Stelle des Wahrheitseides den Ignoranzeid oder den Glaubenseid treten zu lassen. Aber auch bei letzterem, bei dem Eide über Glauben- oder Nicht-Glauben, ist der Eid ein Beweismittel für die bestrittene, für die Entscheidung erhebliche Thatsache. Nicht die zu beschwörende Thatsache ist eine andere als beim Wahrheitseide, sondern das Verhältniß des Schwurpflichtigen zu dieser Thatsache ist ein verschiedenes. Zwar handelt es sich auch beim Wahrheitseide, obschon die Eidesformel direkt auf die zu erweisende Thatsache gestellt wird, eigentlich auch nicht um einen Schwur über letztere selbst, sondern um einen Eid über das Wissen von derselben, da für den Schwörenden die Thatsache nur existirt, sofern er sie weiß; dagegen beim Glaubenseide um einen Schwur über das Glauben oder Nicht-Glauben an dieselbe. In

Digitized by Google

der Wirkung wird der Glaubenseid, sofern er überhaupt zulässig ist, dem Wahrheitseide gleichgestellt. Nicht das Glauben oder Nicht-Glauben der Partei in betreff der zu erweisenden Thatsache, auf das ja auch, abgesehen von den Fällen, in welchen gerade das Glauben oder Nicht-Glauben die zu erweisende Thatsache ist, für die Entscheidung nichts ankommt, gilt im Falle der Ableistung des Eides als erwiesen, sondern die Thatsache, in Betreff deren der Glaube beschworen wird. Dies ist auch im Wesentlichen der Standpunkt der Reichscivilprozeßordnung in den hierher einschlagenden Vorschriften. Denn obschon dieselbe **durch die Aufnahme der Erkundigungspflicht in die Eidesformel** die früheren Normen verschärft hat, so ist doch hierdurch **der „Ueberzeugungseid" zu einem Wahrheitseide nur insoweit geworden, als es sich um die Versicherung handelt, die Erkundigung angestellt zu haben. Im Uebrigen wird von dem Schwörenden nur sein Ueberzeugtsein oder Nicht-Ueberzeugtsein von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache eidlich bekräftigt. Gleichwohl wird durch die Leistung des Eides voller Beweis der beschworenen Thatsache begründet, worunter diejenige Thatsache verstanden ist, auf welche die Versicherung der erlangten Ueberzeugung von ihrer Wahrheit oder Nichtexistenz sich bezieht** (§§ 410. 424. 428). (R. G. 7. X. 82.) R. A. IV. (331.) 733—737. R. St. VII. (58.) 185—190. A. VI. (122.) 428—431.

4. **Abs. 3. Die Eidesnorm des § 424 Abs. 3 der R. C. P. O. trägt,** wie der Wortlaut ergibt, auch in den Motiven des Entwurfes zu § 410 (424 des Gesetzes) dargelegt ist, **einen doppelten Charakter:** Die Worte „nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung" erheben den Eid insoweit zum *Wahrheitseide*, als der Schwurpflichtige zu beeiden hat, daß er eine sorgfältige Prüfung und Erkundigung angestellt habe. Der Richter kann vor Abnahme des Eides durch Ausübung des Fragerechts (§ 130 C. P. O.) nähere Auskunft darüber verlangen, in welcher Weise diese Prüfung und Erkundigung stattgehabt hat. Außerdem verlangt aber § 424 C. P. O. die Beeidigung, daß der Schwörende die Ueberzeugung von der Wahrheit einer Thatsache erlangt oder nicht erlangt habe. Inhalt des *Ueberzeugungseides* ist nicht die letztere Thatsache, sondern die Ueberzeugung des Schwörenden von derselben. Allerdings hat die Beeidigung der Ueberzeugung oder Nichtüberzeugung die prozessuale Wirkung, daß daraufhin auch die Thatsache, von welcher die Entscheidung des Rechtsstreites abhängt, für erwiesen oder für nicht erwiesen zu gelten hat. Trotz dieser Wirkung bleibt aber Inhalt des Eides nur die Ueberzeugung von jener Thatsache, und, wenn § 428 a. a. O. auch für den Ueberzeugungseid vorschreibt, daß durch die Leistung dieses Eides voller Beweis *der beschworenen Thatsache* begründet werde, so ist damit dem Ueberzeugungseide kein anderer Inhalt gegeben, als er in der in § 424 Abs. 3 vorgesehenen Norm in Wahrheit enthalten ist. (R. G. 27. II. 85.) R. St. XII. (15.) 59. 60.

3. Beweisaufnahme.

§ 425.

§ 425.

Auf die Leistung eines Eides ist durch bedingtes Endurtheil zu erkennen.
Die Eidesleistung erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheils.

§ 427. Ger. K. G. § 24, § 18 Nr. 3. R. A. G. O. § 21.

Digitized by Google

1. Abs. 1. Ueber „bedingtes Endurtheil" s. § 427 Abs. 1 ad R. G. VII. (127.) 428 ff.

2. **Auf Eid darf durch bedingtes Endurtheil nur erkannt werden nach vorangegangener Erklärung über den Eid.** Zwar wird der Grundsatz der C. P. O., daß nur die bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung abgegebenen Erklärungen der Parteien in dem Urtheil zu berücksichtigen sind, durch das bedingte Endurtheil modificirt; jedoch nur insoweit, als dies aus der Natur dieser Bedingung mit Nothwendigkeit folgt. Nur von der Leistung bezw. Nichtleistung des Eides ist daher in den §§ 425. 427 der C. P. O. die Rede; ein Raum für eine Parteierklärung über Annahme oder Rückschiebung eines deferirten Eides ist nach Erlaß des bedingten Endurtheils nicht mehr gegeben. Urtheil des O. L. G. zu Kiel (2. Sen.) vom 1. Februar 1884 in S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 345 S. 475.

3. **Die Bestimmung des Ortes der Eidesleistung gehört nicht in das Urtheil.** (R. G. 23. X. 83.) S. hierüber bei § 441 ad A. VIII. (135.) 506. 507.

4. **Abs. 2. Nach § 84 G. K. G. ist bei jedem Antrage auf Vornahme einer Handlung, mit welcher baare Auslagen verbunden sind, ein zur Deckung derselben hinreichender Vorschuß von dem Antragsteller zu zahlen. Wenn die Abnahme eines vom Beklagten zugeschobenen Eides, auf dessen Leistung durch bedingtes Urtheil erkannt worden, vom Kläger verlangt wird, so ist der Kläger als Antragsteller anzusehen, da er um Veranlassung des weiteren zur Läuterung des bedingten Urtheiles gebeten und die nach § 425 Abs. 2 C. P. O. erforderliche Nachweisung der Rechtskraft desselben beschafft hat.** Allerdings hat die Abnahme des Eides auch dann, wenn auf denselben durch bedingtes Urtheil erkannt worden ist, die Eigenschaft einer Beweisaufnahme, weil der Eid auch dann, wenn über die Folgen der Leistung oder Nichtleistung desselben bereits erkannt ist, die Eigenschaft eines Mittels zur Begründung der richterlichen Ueberzeugung hinsichtlich der Wahrheiten von Thatsachen behält, und die Erwähnung der Leistung des durch ein Urtheil auferlegten Eides neben dem Beweisaufnahmeverfahren in § 13 Nr. 4 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, sowie die Gleichstellung des bedingten Urtheiles mit einer Beweisanordnung im § 24 G. K. G. den (von Brettner im Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart Bd. 1 S. 335) hieraus gezogenen Schluß, daß die Erledigung des bedingten Urtheiles keine Beweisaufnahme sei, nicht rechtfertigt. Das Prozeßgericht hat aber die Anordnung der Eidesabnahme auf Grund des bedingten Urtheiles nicht von Amts wegen zu bewirken. Wenn auch bei der Beweisaufnahme, und insbesondere bei Abnahme von Parteieiden, eine Offizialthätigkeit des Prozeßgerichtes stattfindet, so erstreckt sich dieselbe doch nicht soweit, daß das ganze Verfahren zur Erledigung eines bedingten Urtheiles von Amts wegen einzuleiten wäre. Durch das bedingte Urtheil entstehen mit Eintritt der Rechtskraft desselben Rechte unter den Parteien, nicht allein diejenigen, welche als Folge der Leistung oder Nichtleistung des Eides in bedingter Weise durch das Urtheil ausgesprochen sind, sondern auch das sofort wirksame Recht, die Umwandlung des bedingten Urtheiles in ein unbedingtes durch Eidesabnahme herbeizu-

Digitized by Google

führen. Ob die Parteien von diesem Rechte Gebrauch machen wollen, hängt von ihrem Willen ab. **Das Prozeßgericht hat daher nicht von Amts wegen auf die Umwandlung des bedingten Urtheiles in ein unbedingtes hinzuwirken, sondern abzuwarten, ob dies unter Nachweisung des Eintrittes der Rechtskraft (§ 425 Abs. 2) von der einen oder anderen Partei verlangt wird. Nicht anders verhält es sich, wenn ein bedingtes Urtheil in der Berufungsinstanz erlassen worden ist.** Denn die Vorschrift des § 499: „Das Berufungsgericht hat ein von ihm erlassenes bedingtes Urtheil zu erledigen," betrifft nicht die Frage, ob solches auf Antrag oder von Amts wegen zu geschehen habe, sondern die Frage, ob die Erledigung dem Berufungsgerichte obliege oder dem Gerichte erster Instanz zu überlassen sei. — Auch durch den Umstand, daß der Eid, auf welchen erkannt worden ist, von dem Beklagten zugeschoben war, wird hieran nichts geändert. Wäre vor dem Urtheile durch Beweisbeschluß die Abnahme des Eides angeordnet worden, so würde allerdings der Beklagte derjenige gewesen sein, welchem die Leistung des Vorschusses obgelegen hätte, weil in der Antretung des Beweises durch Eideszuschiebung der Antrag auf Abnahme des angenommenen oder zurückgeschobenen Eides von selbst enthalten, der den Eid Zuschiebende mithin als Antragsteller im Sinne des § 84 G. K. G. anzusehen ist. Nachdem aber durch Urtheil auf die Leistung des Eides erkannt worden ist, ist die Abnahme desselben nicht die Folge eines vor dem Urtheile gestellten Antrages, sondern findet auf Grund des Urtheiles statt; es ist daher als Antragsteller im Sinne des § 84 nicht derjenige zu betrachten, welcher vor dem Urtheile die Abnahme des Eides beantragt hat, sondern derjenige, welcher die Umwandlung des bedingten Urtheiles in ein unbedingtes betreibt. Hierfür spricht auch die Erwägung, daß hinsichtlich der Erledigung eines bedingten Urtheiles zwischen demjenigen, welches auf Leistung eines zugeschobenen Eides erkennt, und demjenigen, durch welches ein richterlicher Eid auferlegt wird, kein Unterschied besteht (§§ 425. 439 C. P. O.), bei einem Urtheile der letzteren Art aber gar kein Zweifel darüber obwalten kann, daß die Partei, welche die Umwandlung des bedingten Urtheiles in ein unbedingtes betreibt, im Sinne des § 84 G. K. G. als Antragsteller erscheint. Die Einziehung des Vorschusses von dem Kläger entspricht demnach der Bestimmung des § 84 a. a. O. Sie entspricht auch dem Grundgedanken, auf welchem diese Bestimmung beruht. Den nöthigen Vorschuß zur Bestreitung barer Auslagen, welche eine vorzunehmende prozessuale Handlung verursachen wird, soll derjenige leisten, welcher sein Interesse an Vornahme der Handlung durch Stellung eines auf Vornahme derselben gerichteten Antrages zu erkennen gegeben hat. Der Kläger hat ein Interesse daran, daß der Eid ihm abgenommen werde, damit die durch Leistung des Eides bedingte Verurtheilung des Beklagten in eine unbedingte verwandelt werde; er hat dies Interesse durch sein Gesuch um Veranlassung des weiteren Verfahrens zu erkennen gegeben; er hat deßhalb auch den nöthigen Vorschuß zu leisten. Der Beklagte dagegen könnte zwar ebenfalls ein Interesse an Abnahme des Eides haben, um der Umwandlung der bedingten Abweisung der Klage in eine unbedingte herbeizuführen, er hat aber ein solches Interesse nicht durch Stellung eines Antrages auf Abnahme des Eides bethätigt. Seinem Interesse, daß gegen ihn keine unbedingte Ver-

Digitized by Google

urtheilung ausgesprochen werde, wird schon durch Nichtabnahme des Eides genügt; diesen Erfolg könnte er, wenn die Leistung eines Vorschusses behufs Abnahme des Eides ihm angesonnen würde, schon durch Nichtleistung des Vorschusses erreichen. Wäre dieses vor dem Urtheile geschehen, so würde Kläger im Stande gewesen sein, im Wege des § 321 (vgl. auch § 344) C. P. O. die Ausschließung des Beweismittels der Eideszuschiebung herbeizuführen. Dieses Mittel steht dem Kläger nicht mehr zu Gebote, nachdem bereits rechtskräftig auf Ableistung des Eides erkannt worden ist. Es bleibt ihm daher nichts anderes übrig, als den verlangten Vorschuß zu leisten, wenn er eine unbedingte Verurtheilung des Beklagten herbeiführen will. (R. G. 1. IV. 85.) R. C. XIII. (118.) 426—429.

5. **Eine beweispflichtige Partei ist berechtigt, in zweiter Instanz neue Beweismittel vorzubringen, wenn die Ableistung des von ihr dem Gegner zugeschobenen Eides in erster Instanz den Vorschriften der §§ 425. 426 C. P. O. zuwider durch Beweisbeschluß angeordnet war.** (R. G. 24. IV. 83.) R. C. IX. (99.) 343. A. VIII. (18.) 84.

6. **Reichsgerichtskostengesetz. Ein durch Vergleich erledigtes Eidesurtheil unterliegt der Beweisgebühr zur Hälfte.** Die Auferlegung eines zu- oder zurückgeschobenen Eides stellt sich ihrer prozessualen Natur nach als die Anordnung einer Beweisaufnahme dar, und ist es für die Gebührenbewerthung unerheblich, ob diese Anordnung durch Beschluß (§ 324. 426. 558 der R. C. P. O.) oder durch bedingtes Urtheil (§ 425 a. a. O.) erfolgt, woraus folgt, daß für das letztere gemäß § 18 Ziff. 2 des Reichs-Gerichtskostengesetzes die Beweisgebühr in Ansatz zu bringen ist. Zwar wird eine Abweichung von dieser in dem ersten Satze des § 24 des R. G. K. G. wiederholten Regel im zweiten Absatze desselben Paragraphen festgesetzt, wonach für das bedingte Urtheil, soferne es in der Instanz, in welcher es ergangen ist, bis zum Eintritte der Fälligkeit der Gebühren nicht erledigt ist, die Entscheidungsgebühr erhoben werden soll. Besagte Ausnahmsbestimmung kann jedoch hier keine Anwendung finden, wenn der Rechtsstreit durch Vergleich beendigt wurde, und hiermit das bedingte Urtheil, um dessen Bewerthung es sich handelt, als erledigt im Sinne des angeführten § 24 Abs. 2 verglichen mit § 93 des R. G. K. G. anzusehen ist. (B. O. L. 29. V. 83.) S. X. (43.) 112. 113.

§ 426. **§ 426.**

Sind die Parteien über die Erheblichkeit und die Norm des Eides einverstanden oder dient der Eid zur Erledigung eines Zwischenstreits, so kann die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet werden.

§ 324 Nr. 4.

Hängt die Entscheidung über einzelne selbständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel von der Leistung eines Eides ab, so kann die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet oder auf dieselbe durch bedingtes Zwischenurtheil erkannt werden. In dem letzteren Falle erfolgt die Eidesleistung nur dann, wenn durch bedingtes Endurtheil rechtskräftig erkannt ist, daß es auf dieselbe für die Endentscheidung des Rechtsstreits noch ankomme.

1. **Verbindung eines durch Eid bedingten Zwischen- und Endurtheiles über den nämlichen Klaganspruch in demselben Erkenntnisse.** An sich kann

Digitized by Google

wohl, sofern es sich für die Endentscheidung um ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel handelt, das Gericht nach § 426, abweichend von der Regel des § 425, auch durch ein Zwischenurtheil auf Eid erkennen, es muß jedoch in diesem Falle die Abnahme des Eides so lange ausgesetzt bleiben, bis durch das demnächstige Endurtheil in der Sache selbst entschieden wird. Ergibt sich hierbei, daß es auf den durch Zwischenurtheil normirten Eid nicht weiter ankommt, so fällt diese bloß vorbereitende Entscheidung von selbst hinweg; andernfalls, wenn also der Eid nicht bloß für das einzelne Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, sondern auch für den Anspruch selbst maßgebend wird, ist das bedingte Zwischenurtheil in das Endurtheil aufzunehmen, und es erfolgt die Abnahme des Eides, nachdem letzteres rechtskräftig geworden ist. **Gegen ein derartiges Zwischenurtheil ist eine Berufung weder statthaft noch erforderlich;** erst gegen das bedingte Endurtheil ist solche von derjenigen Partei zu richten, welche sich dadurch für beschwert erachtet. (R. G. 17. VI. 81.) R. C. V. (93.) 347—350. A. IV. (50.) 171. (Siehe hiergegen ein Urtheil der vereinigten Civilsenate vom 20. Oktober 1882. R. C. VII. (127.) 421—436 bei §§ 472 u. 427 Abs. 1.)

2. **Gegen ein Erkenntniß auf Eid, in welchem nur für die eine Eventualität der Leistung oder der Nichtleistung des Eides definitiv erkannt ist, findet Berufung nicht statt.** (R. G. 10. V. 82.) R. C. VI. (134.) 427 ff. A. VI. (27.) 137 ff. (S. hierüber bei § 427.)

3. **Die Berufung gegen eine Entscheidung, welche das Landgericht unrichtigerweise als ein „bedingtes Zwischenurtheil" bezeichnet hat, welche aber ein, wenn auch nach einer Seite hin unvollständiges, bedingtes Endurtheil ist, ist zulässig.** (R. G. 12. X. 86.) R. C. XVI. (68.) 284.

4. **Nach Geltendmachung mehrerer peremptorischer Einreden ist ein Verfahren derart, daß in Bezug auf eine derselben sofortige Eidesleistung angeordnet und rücksichtlich der anderen weitere Verhandlung nur für den Fall der Verweigerung dieser Eidesleistung in Aussicht gestellt wird, gesetzlich unstatthaft.** Der Fall, daß das Gericht bei mehreren auf den nämlichen Klageanspruch sich beziehenden selbständigen Vertheidigungsmitteln (Einreden) die Verhandlung „zunächst" nur auf eines derselben beschränken will, ist in § 137 der Reichs-Civilprozeßordnung vorgesehen und das hierauf ergehende Urtheil hat gemäß § 275 immer nur die Natur eines Zwischenurtheils, es müßte denn nach gepflogener Verhandlung und etwa nothwendig gewordener Erhebung primärer Beweismittel die Sache so gestaltet sein, daß sogleich eine den Rechtsstreit selbst vollständig oder theilweise erledigende Endentscheidung unter allen Umständen getroffen werden könnte. Im Uebrigen aber ist es gemäß der präzisen Vorschrift in § 426 Abs. 2 der Reichs-Civilprozeßordnung durchaus unstatthaft, dem Beklagten einen solchen Eid in einem früheren Prozeßstadium abzunehmen; es soll vielmehr — in Rücksicht auf die subsidiäre Natur des Eides als Beweismittel — zur Abnahme des in einem auf Grund der §§ 137 und 275 erlassenen Urtheils auferlegten Eides nur dann geschritten werden, „wenn durch bedingtes Endurtheil rechtskräftig erkannt ist, daß es auf die Eidesleistung für die Endentscheidung des Rechtsstreites noch ankommt." Erst in dem bedingten Endurtheil kann

Digitized by Google

der Ausspruch Platz finden: „schwört Beklagter den Eid, so wird die Klage unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten des Streites abgewiesen.“ Die Aufnahme dieses Ausspruchs in ein auf Grund der §§ 137. 275 und 426 Abs. 2 erlassenes Urtheil würde ein gesetzlich unstatthafter, weil verfrühter, Vorgriff in die Sphäre des der künftigen Endentscheidung des ganzen Streitverhältnisses vorbehaltenen richterlichen Urtheils sein, der rechtsirrthümlich bei einer vorläufigen Prüfung eines zur Zeit urtheilweise spruchreifen Prozeßstoffes gemacht wird, bei welcher Lage des Prozesses das Gericht sich vielmehr darauf zu beschränken hat, den Eid festzusetzen und auszusprechen, daß im Falle der Eidesverweigerung die erstere Einrede als wegfallend, im Falle der Eidesleistung aber als erwiesen erachtet werde. Mit dieser präparatorischen Entscheidung über einen Theil des Prozeßstoffes, welche zwar der materiellen Rechtskraft nicht fähig, an welche aber das urtheilende Gericht künftig gebunden ist, wenn es in dem seinerzeitigen Endurtheile eine Entschließung betreffs der ersteren Einrede wird fassen müssen (§ 289 a. a. O.), hat das weitere Vorgehen in dieser Richtung seinen vorläufigen Abschluß gefunden, weil der noch erübrigenden Eidesleistung die Vorschrift des § 426 Abs. 2 zur Zeit entgegensteht, so daß auf den noch unerledigt gebliebenen Theil des Verhandlungsstoffes übergegangen werden muß, ohne daß dieser Uebergang von einer vorhergehenden Eidesverweigerung abhängig gemacht werden darf. (B. O. L. 6. VII. 82.) S. IX. (220.) 649—652.

5. Das Gesetz gewährt dem Richter die Möglichkeit über ein einzelnes selbständiges Angriffs oder Vertheidigungsmittel durch Zwischenurtheil zu erkennen. Nothwendige Voraussetzung dieses wie jedes Urtheiles ist, daß der betreffende Prozeßstoff zur Entscheidung reif sei (§ 275 C. P. O.). **Bedingt werden kann das Zwischenurtheil nur insofern, als die Entscheidung von der Leistung eines Eides abhängig gemacht wird.** (§ 426 Abs. 2 C. P. O.) **Nicht aber kann die Entscheidung vom Erfolge eines in anderer Weise zu erbringenden Beweises abhängig gemacht werden.** Ein auf diese Weise nach Art des Beweisinterlokutes des früheren gemeinen Prozesses ergangener richterlicher Ausspruch hat keinerlei rechtliche Wirkung. Das Gericht, welches den Ausspruch gethan, ist an denselben nicht gebunden, wie es an ein Zwischenurtheil gebunden wäre (§ 289 C. P. O.), es kann auf den Inhalt desselben als auf einen festgestellten Punkt sich nicht beziehen, sondern muß über den fraglichen Punkt selbständig entscheiden, und diese Entscheidung hat, um wirksam zu sein, dieselben Voraussetzungen, wie jede Entscheidung, insbesondere also muß sie lediglich auf Grund der vor dem Gerichte stattgehabten Verhandlung ergangen und als so ergangen kennbar gemacht sein. (R. G. 24. II. 86.) R. C. XVI. (73.) 329. 330.

6. **Die Verletzung der Vorschriften über Eidesauflagen durch Beweisbeschluß wird durch Verabsäumung des Rügerechts geheilt.** S. hierüber namentlich bei § 267. Urtheil des O. L. G. zu Jena vom 13. Dezember 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 254 S. 367. S. hierüber namentlich bei § 267.

Digitized by Google

§ 427.

§ 427.

In dem bedingten Urtheil ist die Eidesnorm und die Folge sowohl der Leistung als der Nichtleistung des Eides so genau, als die Lage der Sache dies gestattet, festzustellen.

Der Eintritt dieser Folge wird durch Endurtheil ausgesprochen.

§ 431. Ger. K. G. § 24. R. A. G. O. § 13 Nr. 4.

1. **Der Sinn der Bestimmung des § 427 ist, daß immer für beide Fälle, sowohl der Leistung als der Nichtleistung des Eides, die Eidesfolgen festzustellen seien** (Urtheil der Vereinigten Civilsenate des R. G. vom 20. Oktober 1882; Entsch. Bd. VII S. 421). **Diese Feststellung der Eidesfolgen hat im Urtheilssatze zu erfolgen;** denn es entspricht der Natur eines bedingten Endurtheils, daß die Endentscheidung betreffs des streitigen Anspruches, wie sie bei Eintritt der Bedingung — Leistung oder Nichtleistung des Eides — einzutreten hat, in gleicher Weise im Urtheilssatze Ausdruck zu finden habe, wie im Falle, wenn die Endentscheidung eine unbedingte ist. (R. G. 19. V. 85.) U. u. A. II. (169.) 378.

2. Die Anforderungen, welche die Civilprozeßordnung an ein **korrektes bedingtes Endurtheil** stellt, ergeben sich aus Folgendem. Das Endurtheil ist, wie das Wort ergibt, diejenige richterliche Entscheidung, mit welcher die urtheilende Thätigkeit des Gerichtes der betreffenden Instanz ihren Abschluß finden soll. Das Endurtheil soll daher nach § 272 C. P. O. nicht eher ergehen, als bis die Sache zur Endentscheidung reif ist. Alle Prozeßhandlungen, welche die Entscheidung vorzubereiten bestimmt sind, sollen der Erlassung des Endurtheiles vorhergehen, weil sie die Reife zur Endentscheidung bedingen. Namentlich müssen Beweisaufnahmen, sowie mündliche Verhandlungen der Parteien vor dem erkennenden Gerichte der Erlassung des Endurtheiles vorhergehen; ein Urtheil, durch welches noch Beweisaufnahmen und mündliche Verhandlungen als Unterlage für eine künftige Endentscheidung angeordnet werden, ist kein Endurtheil. Als Regel soll das Endurtheil also über den Klag- oder Widerklag-Anspruch selbst definitiv materiell entscheiden oder doch in den bereits erwähnten Fällen den Rechtsstreit für die betreffende Instanz definitiv erledigen. Die einzige Ausnahme bildet das — durch Eid — bedingte Endurtheil, indem es noch eine Beweisaufnahme durch Eideserhebung anordnet, und sodann nach dieser Beweisaufnahme eine dem unbedingten Endurtheile (§ 427 Abs. 2) vorhergehende mündliche Verhandlung über das Ergebniß dieser Beweisaufnahme erfolgen muß. **Nach den Motiven** (§ 7 der allgemeinen Begründung) **schließt das bedingte Endurtheil den mittleren von den drei Abschnitten des Prozeßverfahrens, das Hauptverfahren, ab,** während die Beweisaufnahme durch Eideserhebung und die derselben nachfolgende beschränkte mündliche Verhandlung den Gegenstand eines besonderen Nachverfahrens bildet. Es ist nicht zulässig, diese vom Gesetzgeber aus in der Natur des Eides liegenden Gründen gewollte Anomalie noch weiter auszudehnen, als es der Zweck des Gesetzes bedingt. Das Urtheil darf keine andere (prozessuale) Bedingung enthalten, als die Leistung oder Weigerung des erkannten Eides (wodurch jedoch selbstverständlich eine durch Gegenleistung, Sicherheitsbestellung, Aufnahme eines dies ꝛc. materiell bedingte

Digitized by Google

Kondemnation nicht ausgeschlossen ist); vielmehr muß die Sache bei Erlassung des bedingten Endurtheiles soweit zur unbedingten Endentscheidung reif sein, daß derselben (abgesehen von den besonderen Fällen in §§ 430—434 C. P. O.) keinerlei andere Beweisaufnahmen und Verhandlungen, außer der Erhebung des erkannten Eides und der mündlichen Verhandlung über die Ergebnisse dieses Beweises, namentlich auch keine nochmalige mündliche Verhandlung des gesammten Sachverhältnisses noch vorhergehen müssen, vielmehr unmittelbar an die Beweiserhebung durch Eid die Erlassung des Endurtheiles nach § 427 Abs. 2 C. P. O. sich ohne Weiteres anschließen kann. Dies ist aber nur möglich, wenn schon das bedingte Endurtheil für beide Fälle, sowohl der Leistung als der Weigerung des Eides, die Folgen, das heißt nicht die in §§ 429. 430 C. P. O. ausgesprochenen, eines besonderen Ausspruches in der Urtheilsformel nicht bedürfenden Folgen, sondern diejenigen Folgen, welche eben das Urtheil zu einem bedingten Endurtheile machen — Zuerkennung oder Aberkennung streitiger Ansprüche — ausdrücklich in der Urtheilsformel zum Ausdruck bringt, sodaß das nach § 427 Abs. 2 a. a. O. zu erlassende unbedingte Endurtheil nur je nach Leistung oder Weigerung des Eides die in dem bedingten Endurtheile bereits im Voraus bedingt ausgesprochene Folge nunmehr unbedingt auszusprechen hat. Da **das bedingte Endurtheil nicht die Bedeutung eines bloßen Zwischenurtheiles** haben, also nicht bloß über einzelne Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, sondern über die streitigen Ansprüche selbst definitiv, nur durch Eid bedingt, entscheiden soll, so muß es auch den vollen Inhalt eines Endurtheiles haben und den vollen Zweck eines solchen erfüllen, nur mit der Beschränkung, daß es noch von dem Ergebnisse des Eideserhebungsverfahrens abhängt, ob es den für den Fall der Leistung oder den für den Fall der Weigerung des Eides vorher bestimmten Inhalt erhält. Es dürfen ferner nicht zwischen das bedingte Endurtheil (§ 425 Abs. 1 C. P. O.) und das unbedingte Endurtheil (§ 427 Abs. 2) noch weitere Beweiserhebungen oder mündliche Verhandlungen, welche auf den bereits abgeurtheilten Prozeßstoff zurückgreifen, eingeschoben werden, um noch weiteres Material für die Erlassung des definitiven Endurtheiles, speziell für die Bestimmung der Eidesfolgen, zu gewinnen. Das unbedingte Endurtheil darf vielmehr nur auf den durch das bedingte Endurtheil festgestellten Grundlagen in Verbindung mit der Gestaltung, welche die Sache durch das Ergebniß des Eideserhebungsverfahrens gewonnen hat, erlassen werden. Kann aber das dem bedingten Endurtheile nachfolgende Verfahren, seinem Zwecke nach, dem Richter kein weiteres Material liefern, um die Folgen des erkannten Eides sowohl für den Fall der Leistung als für den Fall der Weigerung desselben zu bestimmen, so ist der Richter bei Erlassung des bedingten Endurtheiles ebensowohl wie bei der Erlassung des unbedingten Endurtheiles in der Lage, die Folgen für beide Fälle zu bestimmen. **Da das Urtheil bei Erlassung des bedingten Endurtheiles bis auf den Eid zur Endentscheidung reif (§ 272) sein muß, so kann für den Richter die Unmöglichkeit, die Folgen für beide Fälle bereits in dem bedingten Endurtheile festzustellen, nicht eintreten.** — (S. Weiteres bezüglich anderer Gesetzgebungen, dann der Motive zur deutschen R. C. P. O. und verschiedener Ansichten der Kommentatoren R. C. VII. (127.) 430—432.)

Digitized by Google

— **Dem richterlichen Ermessen ist nur** (wie in dem preußischen Entw
von 1864) **der Grad der Genauigkeit der Feststellung der Fo
der Leistung und Weigerung des Eides überlassen; keineswegs ist ihm
überlassen, selbst in dem einfachsten Falle der Auflegung eines einzigen
die Folge nur für den Leistungsfall zu bestimmen, für den Weigerung
aber eine solche Bestimmung ganz zu unterlassen bezw. vorzubehalten,
umgekehrt die Folge nur für den Weigerungsfall zu bestimmen und für
Leistungsfall vorzubehalten.** Er muß vielmehr die Folgen für b
Fälle bestimmen, wie dies nach dem früheren preußischen Prozeßr
an welches sich die C. P. O. in diesem Punkte angelehnt hat, stets
schehen ist. **Ist die Sache nur für den einen Fall, sei es der Weige
oder Leistung eines Eides, spruchreif, setzt aber die Entscheidung für
anderen Fall noch anderweite Verhandlungen oder Beweisaufnahmen vo
so müssen die letzteren zunächst erfolgen, bevor das bedingte Endu
erlassen wird, und es darf nicht sogleich das bedingte Endurtheil erl
und für den einen Fall über den Klaganspruch entschieden, für den an
Fall eine Beweisauflage angeordnet bezw. in Aussicht gestellt und dann
Neuem über den gesammten Prozeßstoff mündlich verhandelt und für
zweiten Fall entschieden werden.** Daß das der Sinn des Gesetzes ist
gibt sich auch aus § 427 Abs. 2, wonach der Eintritt dieser Fo
nämlich der durch das bedingte Endurtheil für den eingetretenen Fal
Voraus bestimmten Folge, durch Endurtheil ausgesprochen werden
ohne daß noch weitere Verhandlungen und Beweisaufnahmen, außer
jenigen durch Erhebung des Eides resp. Konstatirung der Weigerung
selben und Verhandlung darüber, zwischen das bedingte Endurtheil
das unbedingte Endurtheil einzuschieben sind. **Nur wenn eine Meh
von Eiden aufgelegt ist oder wegen Verwickelung des Falles nicht
Eventualitäten vorgesehen werden konnten, so wie in den in §§ 431–
C. P. O. vorgesehenen Fällen, können weitere Verhandlungen eintr
welche aber auch nicht von neuem den gesammten Prozeßstoff umfassen dü
sondern sich auf das durch den besonders gegebenen Fall Gebotene z
schränken haben.** So ist im Falle des § 431 C. P. O. darüber,
auch nur darüber noch zu verhandeln und zu entscheiden, welche Aende
die durch das bedingte Endurtheil bestimmten Eidesfolgen deßhalb zu
leiden haben, weil der Schwurpflichtige den erkannten Eid nur besch
ter oder modifizirt geleistet hat. **Eine Schwierigkeit der erschöpfe
Feststellung der Eidesfolgen für alle Eventualitäten kann namentlich
eintreten, wenn auf eine Mehrheit von Eiden erkannt ist.** Es kann
allerdings unter Umständen möglich sein, alle Eventualitäten zu erschö
wenn entweder die Erheblichkeit des einen Eides von der Leistung
Weigerung des anderen abhängt, und deßhalb auf die Eide nur suc
erkannt, die Folgen jedes Eides aber sowohl für den Fall der Lei
als der Weigerung festgestellt werden, oder wenn die verschiedenen
von einander ganz unabhängige Behauptungen oder Ansprüche betre
z. B. in Postensachen. **Schwieriger sind die Fälle, in welchen der R
in Betreff einer Reihe einzelner Thatumstände, welche zum Beweise
Rechtsverhältnisses,** z. B. einer stillschweigenden Bevollmächtigung, G
migung ꝛc., dienen, **den Eid auferlegt;** er wird dann regelmäßig für
Fall der Leistung, sowie für den Fall der Weigerung sämmtli

Digitized by Google

Eide die Folgen zu bestimmen im Stande sein, nicht aber für die in der Mitte liegenden Fälle der Leistung einzelner, der Weigerung anderer der erkannten Eide. **Aehnlich kann der Fall sich stellen, wenn (§ 434 C. P. O.) mehreren Streitgenossen Eide über dieselben Thatumstände auferlegt werden.** Der Richter wird dann regelmäßig in der Lage sein, die Eidesfolgen für den Fall, daß sämmtliche Streitgenossen den Eid oder die Eide schwören, sowie auch für den Fall, daß sämmtliche Streitgenossen den Eid oder die Eide weigern, festzustellen, nicht aber für die in der Mitte liegenden Fälle. In solchen Fällen wird nach Beendigung des Eides-Erhebungsverfahrens noch eine mündliche Verhandlung darüber stattfinden, ob und inwieweit das Eidesthema nunmehr für erwiesen oder nicht erwiesen, ob in dem zuerst erwähnten komplizirten Falle das streitige Rechtsverhältniß, Vollmacht oder Genehmigung, wenn das eine thatsächliche Moment für erwiesen, das andere für nicht erwiesen zu erachten ist, als festgestellt angenommen werden kann. Aber es wird diese Feststellung nur auf Grundlage des Endurtheiles und der damaligen Sachlage erfolgen müssen und weder eine mündliche Verhandlung des gesammten Prozeßstoffes noch eine weitere Beweisaufnahme der purifizirenden Sentenz vorausgehen dürfen. (Unerörtert kann hier bleiben, inwieweit sich die Sache in den in §§ 432. 433 C. P. O. besonders vorgesehenen Fällen anders gestaltet, wenn nach Eintritt der Rechtskraft des bedingten Urtheiles die Zuschiebung oder Zurückschiebung aus gesetzlichen Gründen widerrufen wird, sowie wenn der Schwurpflichtige stirbt, oder zur Leistung des Eides unfähig wird, oder aufhört, gesetzlicher Vertreter zu sein und in Folge dessen die Parteien „in Ansehung der betreffenden Beweisführung" alle Rechte, welche ihnen vor der Eideszuschiebung zustanden, ausüben können.) **Aus den dargelegten Gründen ist ein Urtheil, wodurch ein Eid auferlegt, aber die Folge, d. h. die davon abhängige Aberkennung oder Zuerkennung des streitigen Anspruches nur für den einen Fall, sei es der Leistung oder Weigerung, ausgesprochen, für den anderen Fall aber eine Entscheidung überhaupt nicht, oder nur eine als Zwischenurtheil oder Beweisschluß zu charakterisirende Entscheidung getroffen wird, den Grundsätzen der Civilprozeßordnung, namentlich den Bestimmungen in §§ 272. 427 C. P. O., nicht entsprechend.** — Es handelt sich nun noch um die Frage, ob ein solches inkorrektes Urtheil dennoch als ein bedingtes Endurtheil im Sinne der §§ 425. 472. 507 C. P. O. anzusehen und das Rechtsmittel der Revision bezw. Berufung dagegen mit der Wirkung, daß die Aufhebung des inkorrekten Urtheiles ausgesprochen und die Sache zu anderweiter korrekter Entscheidung in die Vorinstanz zurückverwiesen wird, stattfindet, oder ob ein solches inkorrektes Urtheil überhaupt nicht als Endurtheil anzusehen, folglich die Revision und Berufung als unzulässig zu verwerfen ist. Beide Auffassungen sind in den bisherigen Entscheidungen des Reichsgerichtes vertreten. Während auf dem zuerst gedachten Wege durch die Aufhebung des inkorrekten Urtheiles nnd die Zurückverweisung der Sache in die Vorinstanz zum Zwecke der Erlassung eines korrekten bedingten Endurtheiles die Sache in die gesetzliche Bahn zurückgeführt wird, führt die zuletzt erwähnte Auffassung zu bedenklichen praktischen Resultaten. Wenn die für den einen Fall, sei es der Leistung oder Weigerung des Eides, getroffene Entscheidung über die Begründetheit oder Unbegründet-

Digitized by Google

heit des streitigen Anspruches nicht als Endurtheil angesehen werden kann, dann ist sie überhaupt unter keine der verschiedenen Arten richterlicher Entscheidungen unterzubringen; ein Zwischenurtheil ist sie nicht, weil sie nicht bloß über ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, sondern über den den Gegenstand des Rechtsstreites bildenden Anspruch selbst entscheidet; noch weniger kann sie zu einem bloßen Beweisbeschlusse herabgesetzt werden. Es bleibt dann nichts übrig, als sie nur als den unvollendet gebliebenen Anfang zu einem Endurtheile anzusehen. Eine solche Annahme würde aber offensichtlich zu wesentlichen Mißständen führen. Wenn die Sache wegen Unzulässigkeit der Revision an die Vorinstanz zurückgeht, würde sich sofort die Frage aufwerfen, welche Bedeutung denn die frühere inkorrekte Entscheidung für die nunmehr von der Vorinstanz zu erlassende anderweite bezw. fernere Entscheidung habe; ob sie als nicht geschrieben zu gelten, also gar keine Bedeutung habe, oder ob sie die Vorinstanz für die fernere Endentscheidung binde oder etwa nur die Bedeutung eines Beweisbeschlusses habe. Alle diese Alternativen haben erhebliche Bedenken gegen sich und es ist aus praktischen Gründen der ersten Auffassung der Vorzug zu geben. Sie ist auch als mit dem Gesetze im Einklange stehend anzusehen. **Ein bedingtes Endurtheil ist nach dem einfachen natürlichen Wortsinne ein Urtheil, welches für den Fall des Eintrittes einer Bedingung eine Endentscheidung abgibt. Unter diesen Begriff ist auch ein Urtheil zu subsumiren, welches für den einen Fall der Leistung oder Nichtleistung eines Eides über den streitigen Anspruch kondemnatorisch oder absolutorisch entscheidet, wenngleich eine solche Entscheidung für den anderen Fall nicht gegeben wird; denn es gibt für den einen Fall eine Entscheidung, welche den Inhalt einer Endentscheidung hat, unter der angegebenen Bedingung. Gegen diese Entscheidung muß also ein Rechtsmittel stattfinden, und falls ein Rechtsmittel nicht eingelegt wird, muß sie rechtskräftig werden können.** Ob für den anderen Fall eine Entscheidung überhaupt nicht getroffen ist, oder ob die getroffene Entscheidung ein Zwischenurtheil oder ein Beweisschluß ist, ob gegen diese für den anderen Fall getroffene Entscheidung ein selbständiges Rechtsmittel zulässig ist oder nicht, ist nicht von rechtlicher Bedeutung. Denn wenn in Folge des Rechtsmittels gegen die für den einen Fall getroffene Entscheidung die Sache an den höheren Richter gelangt, dann wird an diesen die ganze Sache nach § 499 C. P. O. dergestalt devolvirt, daß er auch die für den anderen Fall getroffene Entscheidung seiner Prüfung zu unterwerfen hat. (R. G. 20. X. 82. Eine Entscheidung der vereinigten Civilsenate). **R. C. VII. (127.) 428—436.** S. hierüber noch bei § 472 ad **R. C. VII. (127.) 426—428.** (Vgl. die unter sich abweichenden früheren Urtheile des I., II. und III. Civilsenats R. C. V. (93.) 347—350, VI. (133.) 423—427, (134.) 427—432.) S. auch zwei mit der Plenarentscheidung des Reichsgerichts übereinstimmende Entscheidungen des O. L. G. zu Braunschweig vom 31. Oktober 1882 und 21. November 1882 in S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 179 S. 230—232.

3. In § 427 C. P. O. ist bestimmt, daß in dem bedingten Urtheile die Folgen sowohl der Leistung als der Nichtleistung des Eides so genau, als die Lage der Sache dies gestattet, festzustellen seien. Unter diesen „**Folgen**“ sind im Sinne des Gesetzes die Entscheidungen

Digitized by Google

zu verstehen, welche auf Grund der durch Leistung oder Nichtleistung des Eides festgestellten Thatsachen zu erfolgen haben, also bei einem bedingten Endurtheile die Endentscheidung über die den Gegenstand der Klage oder Widerklage bildenden Ansprüche durch Zuerkennung oder Aberkennung derselben (§ 262 C. P. O.). (R. G. 14. III. 82.) R. C. VI. (133.) 425. A. V. (93.) 375. 376.

4. **In einem durch Eidesauflagen bedingten Endurtheile kann bei Verwickeltheit des Falls von einer sofortigen Berücksichtigung jedweder möglichen Eventualität Umgang genommen werden.** Der § 427 der Civilprozeßordnung schreibt zwar als Regel vor, daß die Folge sowohl der Leistung als der Nichtleistung des Eides im bedingten Endurtheile festzustellen ist, gibt jedoch durch den Zusatz: „so genau, als die Lage der Sache dies gestattet" dem richterlichen Ermessen anheim, in Fällen, in welchen die Komplizirtheit des Streitfalles und die denkbar möglichen verschiedenen Gestaltungen der Sache, je nachdem von den mehrfachen Eiden der eine oder andere geleistet oder nicht geleistet werden sollte, zu einer übergroßen, nach der Sachlage nicht gebotenen Weitläufigkeit führen würden, sich weiteren Ausspruch über die alsdann eintretenden Folgen vorzubehalten. Außerdem würde das Gericht zu einer Reihe von Kombinationen gezwungen, welche nach dem endlichen Resultate der Eidesleistung selbst sich als ganz nutzlos herausstellen würden. Anders liegt die Sache dann, wenn (s. Entsch. des Reichsgerichtes Bd. VI S. 421), eine einfache Alternative gegeben oder sogar für den Eintritt der Leistung oder Nichtleistung eines Eides in dem bedingten Endurtheile selbst die Erlassung eines Beweisbeschlusses in Aussicht gestellt ist. (Vgl. auch Struckmann, Komment. zur Civilprozeßordnung § 427 Anm. 1; Wilmowsky, Kommentar zur Civilprozeßordnung § 427 Anm. 1.) Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 27. Februar 1886. S. XI. (132.) 350. 351. S. A. XLI. bezw. XI. (308.) 459. 460.

5. **Unstatthaftigkeit des Vorbehalts der Entscheidung über einzelne Einreden bei einem durch Eid bedingten Erkenntniß.** Eine Entscheidung über einzelne Einreden, beim Vorbehalt der Entscheidung über die übrigen Einreden, kann nur im Wege eines Zwischenurtheils (§ 275) erfolgen. Das bedingte Endurtheil muß ebenso wie das unbedingte Endurtheil die Entscheidung über den betroffenen Anspruch an sich erschöpfen, und die sofortige vollständige Feststellung der Folgen der Leistung oder Nichtleistung des Eides darf nach § 427 nur insoweit unterbleiben, als eine genaue Feststellung dieser Folgen wegen der damit verknüpften nebensächlichen Schwierigkeiten, insbesondere wegen der für den Fall einer theilweisen Leistung oder Nichtleistung der auferlegten Eide eintretenden Komplikationen des Endergebnisses, im Voraus nicht wohl zu treffen ist (Entsch. des R. G. a. a. O. bes. S. 432, vgl. auch Bd. 6 Nr. 133, 134). Die Leistung eines den Rechtsstreit nur im Fall seiner Ableistung entscheidenden Eides kann vor der Verhandlung und Entscheidung über die im Fall seiner Nichtleistung noch in Betracht kommenden Streitpunkte nur im Wege eines Beweisbeschlusses (§ 426) angeordnet werden. Urtheil des Reichsgerichts vom 7. März 1884. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 253 S. 347.

Digitized by Google

6. **Im Läuterungsverfahren dürfen sachliche Einreden, auch wenn sie erst nach der Rechtskraft des bedingten Endurtheiles entstanden sind, nicht berücksichtigt werden.** Die Motive zur Civilprozeßordnung (S. 30) sagen Folgendes: In Betreff der Hauptsache ist es historisch und sachlich gerechtfertigt, drei Prozeßabschnitte als möglich anzuerkennen, welche als Vorverfahren, Hauptverfahren und Nachverfahren bezeichnet werden können. Das Nachverfahren hat die Ableistung der durch bedingtes Endurtheil auferlegten Eide, und die Realisirung der in diesem Urtheile an die Leistung oder Nichtleistung der Eide geknüpften Folgen zum Gegenstande. Das Hauptverfahren ist durch ein Urtheil abgeschlossen, welches Richter und Parteien bindet. Damit sind zutreffend die beiden Fragen, deren Verhandlung und Entscheidung für das Läuterungsverfahren übrig bleibt, angedeutet, nämlich 1) ob die Eidesleistung dem Gesetze gemäß stattgefunden hat, oder ob sie aus gesetzlichen Gründen nicht stattfinden kann oder darf, und 2) was aus der Ableistung oder Verweigerung des Eides gemäß dem ergangenen bedingten Urtheile für das Endurtheil folgt. Ein weiteres Eingehen auf sachliche Anträge oder Einreden der Parteien ist ausgeschlossen. Der § 427 C. P. O. bringt deutlich zum Ausdrucke, daß die richterliche Thätigkeit nach dieser Richtung beschränkt werden sollte. Er bestimmt im ersten Absatze, daß die Folgen sowohl der Leistung, als der Nichtleistung des Eides so genau, als die Lage der Sache es gestattet, festzustellen sind. Dann wird im zweiten Absatze hinzugefügt: „Der Eintritt dieser Folgen wird durch das Endurtheil ausgesprochen." Die Worte „*dieser* Folgen" lassen sich nur auf die im ersten Absatze angegebene Alternative beziehen und schließen die Berücksichtigung alles weiteren Prozeßstoffes, abgesehen von der angeordneten Beweiserhebung durch Eid, bei dem Erlasse des Endurtheiles aus. Wollte man dem Richter gestatten, auf Grund neuer, wenn auch erst nach der Rechtskraft des bedingten Endurtheiles entstandener Einreden anderweit in der Sache selbst zu entscheiden, so würde das bedingte Endurtheil nur die Bedeutung eines Zwischenurtheiles haben. Daraus würde folgen, daß es in der Hand des Gegners des Schwurpflichtigen liege, immer wieder durch neue Einreden den Erlaß eines definitiven Urtheiles zu hindern. Man darf unbedenklich annehmen, daß der Gesetzgeber, wenn er einen solchen Rechtszustand hätte sanktioniren wollen, Vorschriften über die Beschränkung derartiger Einreden, sowie über den Ausschluß eines die Beendigung des Rechtsstreites verzögernden Beweisverfahrens erlassen haben würde. Das ist nicht geschehen. Man muß deßhalb der Ansicht beipflichten, daß nach der Rechtskraft des bedingten Endurtheiles entstandene Einreden im Sinne der Civilprozeßordnung zu denjenigen gehören, welche den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst betreffen, und welche gemäß § 686 ff. C. P. O. im Zwangsvollstreckungsverfahren geltend zu machen sind. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß prozessuale Akte, durch welche die Parteien kraft der ihnen zustehenden Dispositionsbefugniß dem Richter die Befugniß zur weiteren Verhandlung und Entscheidung der Sache entziehen, z. B. die Zurücknahme eines Rechtsmittels in der gesetzlichen Form, oder der Abschluß eines die Sache beendigenden Vergleiches *vor dem Richter*, von maßgebender Bedeutung sein können. Mit dieser Auslegung des § 427 C. P. O. stehen in Uebereinstimmung die Ausführungen von v. Wil-

Digitized by Google

mowsky und Levy im Kommentar zur Civilprozeßordnung § 427 Note 2 (4. Aufl. S. 588), sowie der Urtheile des obersten Landgerichts für Bayern und des Oberlandesgerichtes zu Hamburg, mitgetheilt in Seuffert, Archiv Bd. 38 Nr. 72 und Bd. 40 Nr. 268. 321. (R. G. 18. XII. 86.) R. C. XVII. (84.) 341—344.

7. **Die Bestimmung des Ortes der Eidesleistung gehört nicht in das Urtheil.** (R. G. 23. X. 83.) S. hierüber bei § 441 ad A. VIII. (135.) 506. 507.

8. **Ein Urtheil, welches hinsichtlich einer Einrede des Beklagten demselben einen Eid auferlegt und für den Fall der Ableistung dieses Eides definitiv erkennt, dagegen für den Fall der Eidesweigerung sich die weitere Entscheidung über eine andere Einrede des Beklagten vorbehält,** ist bei seiner, wenngleich nur einseitigen, Endentscheidung **als ein bedingtes Endurtheil, gegen welches das Rechtsmittel der Revision zulässig ist, anzuerkennen.** (Entsch. des R. G. Bd. 7 Nr. 127 S. 421; vgl. Seuffert, Archiv Bd. 38 Nr. 179 III.) Urtheil des Reichsgerichts vom 7. März 1884. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 253 S. 347.

9. **Wenn auch bei der Frage, ob die Rechtsmittel der Berufung und Revision zulässig seien, diejenigen Theile des Urtheiles, welche eine Endentscheidung und diejenigen, welche eine solche nicht enthalten, zu trennen sind und nur die ersteren der Anfechtung unterliegen, so gilt dieser Grundsatz doch nur betreffs der Entscheidung über verschiedene Ansprüche oder verschiedene Theile solcher Ansprüche, kann jedoch nicht ausgedehnt werden auf den Fall, wo es sich auf eine bedingte Endentscheidung über den nämlichen Ausspruch handelt, mag dieselbe auch nicht in jeder Richtung als Endentscheidung sich darstellen.** Es würde große prozessuale Mißstände im Gefolge haben, wollte man bei einer solchen Entscheidung die definitiven und die nicht definitiven Elemente ausscheiden und die Zulässigkeit der Rechtsmittel, sowie den Devolutiveffekt derselben auf die ersteren beschränken. Daß dies nicht der Wille des Gesetzes sei, dafür spricht insbesondere auch, daß in den Motiven des Gesetzentwurfes **das bedingte Endurtheil** überall ganz allgemein und ohne Unterscheidung **betreffs der Zulässigkeit von Rechtsmitteln dem Endurtheile gleichgestellt** wird, obgleich sich der Gesetzgeber bewußt sein mußte, daß zufolge der Bestimmungen im § 427 Abs. 1 C. P. O. Fälle vorkommen können, in denen die Folgen der Leistung oder Nichtleistung des Eides zum Theil nicht in erschöpfender Weise sofort festgestellt werden, sondern späterer Feststellung vorbehalten bleiben. Was insbesondere den Devolutiveffekt betrifft, so entspricht es offenbar der Tendenz des Gesetzes, daß Ansprüche, die einmal in zulässiger Weise in die höhere Instanz gebracht sind, auch im Ganzen dort zur Aburtheilung zu gelangen haben, weßhalb denn der Berufungsrichter selbst in Fällen, wo er die gegen ein bedingtes Endurtheil eingelegte Berufung zurückweist, nach der Schlußbestimmung des § 499 C. P. O. befugt ist, dieses Urtheil selbst zu erledigen, also auch diejenigen Feststellungen der Folgen des Urtheiles, welche der erste Richter späterer Entscheidung vorbehalten hatte, selbst zu geben. (R. G. 14. III. 82.) R. C. VI. (133.) 424. 426. A. V. (93.) 375. — Von diesen in einem Erkenntnisse des II. Civilsenates vom 14. März 1882

Digitized by Google

entwickelten Rechtsgrundsätzen weicht eine Erkenntniß des I. Civilsenates vom 10. Mai 1882 (R. C. VI. (134.) 430. 431; A. VI. (27.) 137 bis 140) ab, in welchem es in dieser Beziehung heißt: Allerdings kann das Endurtheil ein bedingtes sein, allein als Bedingung kann es nach der positiven Bestimmung der Civilprozeßordnung keine andere prozessuale Thätigkeit als die Leistung oder Nichtleistung des Eides enthalten. Begrifflich aber kann ein bedingtes Erkenntniß nur dann ein Endurtheil sein, wenn die Bedingung sich auf den Inhalt, nicht aber, wenn dasselbe sich auf die Existenz des Erkenntnisses bezieht, d. h. es muß definitiv erkannt sein sowohl für den Fall des Eintritts als auch für den Fall des Nichteintritts der Bedingung, also für den Fall der Leistung und für den Fall der Nichtleistung des Eides (wenngleich nach § 427 C. P. O. nicht eine bis in's Einzelne gehende Formulirung der Eidesfolgen erforderlich ist, sobald nur die Grundsätze festgestellt sind, nach welchen die Formulirung eventuell zu erfolgen hat). Ist dagegen nur für die eine Alternative definitiv erkannt, so liegt, bevor es sich entschieden hat, welche Alternative eintritt, nur die Möglichkeit der Entstehung eines Endurtheiles, mithin noch kein Endurtheil vor. Der Richter kann auch nicht etwa dadurch, daß er einem Erkenntnisse, welches nach positiver Bestimmung oder begrifflich kein Endurtheil sein kann, dadurch die Wirkung eines solchen verschaffen, daß er dem Erkenntnisse die äußere Form eines solchen Endurtheiles gibt. Wäre dies möglich, so würde der Richter z. B. auch im Stande sein, ein der Rechtskraft fähiges Beweisinterlokut zu schaffen. Ein Erkenntniß, in welchem auf einen Eid erkannt, aber nur für die eine Eventualität definitiv erkannt ist, stellt sich daher mit Nothwendigkeit als Zwischenurtheil dar und kann als solches mit der Berufung nicht selbständig angefochten werden, sondern unterliegt erst bei der gegen das Endurtheil eingewandten Berufung der Beurtheilung des Berufungsrichters (§ 473 C. P. O.). Gegen die Nachtheile, welche aus der Versagung der selbständigen Berufung zu befürchten wären, sichert die Bestimmung in § 426 Abs. 2 Satz 2 C. P. O., daß die in einem Zwischenurtheile erkannte Eidesleistung erst nach rechtskräftig gewordenem Endurtheile zu erfolgen hat. Eine Ausnahme findet nur da statt, wo das Gesetz ein Zwischenurtheil in Betreff der Rechtsmittel dem Endurtheile gleichstellt. Dies ist aber nur in wenigen bestimmten Fällen geschehen, und zwar (abgesehen von dem Falle des § 562 C. P. O.) nur bei Verwerfung prozeßhindernder Einreden (§ 248), (s. R. C. VI. Nr. 94 S. 335), und wenn bei einem nach Grund und Betrag streitigen Anspruche das Gericht über den Grund vorab entschieden hat (§ 276). — S. hierüber eine Entscheidung der vereinigten Civilsenate vom 20. Oktober 1882 (R. C. VII. (127.) 421—436), deren Ausführung sich ganz entschieden gegen die der vorwürfigen Entscheidung vom 10. Mai 1882 wendet.

10. **Zulässigkeit der Berufung gegen eine in erster Instanz irrig als „bedingtes Endurtheil" bezeichnete Entscheidung.** An der Thatsache, daß das Gericht ein der Rechtskraft fähiges Urtheil erlassen wollte, daß also die Entscheidung in diesem Sinne ergangen ist, vermag der Umstand nichts zu ändern, daß nach den Bestimmungen der C. P. O. ein Urtheil in solcher Weise nicht erlassen werden durfte; es muß viel-

Digitized by Google

mehr, wie das R. G. wiederholt entschieden hat (vgl. Annalen Bd. IV S. 430, Bd. VI S. 135, 137; Entscheidungen Bd. V Nr. 102 S. 376, Nr. 171 S. 411, Bd. VI Nr. 132 S. 421, Nr. 134 S. 429, Bd. VIII Nr. 104 S. 363), die Berufung schon zu dem Zwecke für zulässig erachtet werden, damit diese unzulässige Entscheidung aufgehoben oder damit durch das B. G. selbst das prozessual richtige Verfahren eingeleitet werde. Die Versagung des Rechtsmittels würde die Rechte der Parteien ernstlich gefährden. (R. G. 2. VI. 85.) U. u. A. II (200.) 432. 433.

11. **Reichsgerichtskostengesetz.** Der § 24 G. K. G. hat die Bestimmung, den rechtlichen Charakter des bedingten Endurtheiles (§ 425 C. P. O.) in Hinsicht auf die Berechnung der Gerichtsgebühren und auf den im § 28 a. a. O. ausgesprochenen Grundsatz zu regeln, daß jede der im § 18 bezeichneten Gebühren in jeder Instanz rücksichtlich eines jeden Theiles des Streitgegenstandes nur einmal erhoben werden soll. In § 24 Abs. 1 a. a. O. wird nämlich bestimmt, daß gegenüber dem Urtheile, durch welches das bedingte Urtheil erledigt wird (§ 427 Abs. 2 der C. P. O.), letzteres für die Gebührenerhebung als Beweisanordnung zu gelten habe. Daraus ergibt sich, daß, wenn über denselben Theil des Streitgegenstandes auch eine Beweisanordnung erlassen worden war, doch nur eine Gebühr für diese Beweisanordnung und das bedingte Urtheil und eine weitere Gebühr für das letzteres erledigende Urtheil (§ 427 Abs. 2 C. P. O.) erhoben werden soll, es also in keinem Falle zur Erhebung von mehr als den drei im § 18 a. a. O. bezeichneten Gebühren kommen kann. Wenn aber eine Erledigung in der Instanz, in welcher das bedingte Urtheil ergangen ist, nicht erfolgt, so soll es nicht dabei bleiben, daß für eine Beweisanordnung und für das bedingte Urtheil nur eine, nämlich die Beweisgebühr berechnet werde, sondern das bedingte Urtheil soll in diesem Falle als Entscheidung gelten, also neben der Verhandlungs- und Beweisgebühr die Entscheidungsgebühr (§ 18 Ziff. 3 a. a. O.) in Ansatz kommen. Dies bestimmt § 24 Abs. 2 a. a. O. und zugleich noch, bis zu welchem Zeitpunkte die Frage unentschieden bleiben dürfe, ob das bedingte Urtheil den Charakter einer Beweisanordnung oder den einer Entscheidung habe. Dieser Zeitpunkt soll der des Eintrittes der Fälligkeit der Gebühren sein. Außerdem wird in diesem zweiten Absatze noch der Fall vorgesehen, daß noch eine nachträgliche Erledigung des bedingten Urtheiles in der Instanz eintrete; in diesem Falle soll der Gebührenansatz nach Maßgabe der Vorschriften des ersten Absatzes berichtigt, d. h. es soll neben der nunmehr anzusetzenden Entscheidungsgebühr nur noch eine Beweisgebühr berechnet werden, es mag neben dem bedingten Urtheile noch eine Beweisanordnung in der Instanz ergangen sein oder nicht. Daß dies die Bedeutung des § 24 a. a. O. sei, ergibt sich aus dem Entwurfe des Gesetzes in Verbindung mit dessen Motiven. Der dem § 24 des Entwurfes unmittelbar vorangehende § 23 entspricht dem § 28 des Gesetzes, und die Motive führen aus, daß die eigenthümliche Natur des bedingten Urtheiles eine Ausnahmebestimmung von der Regel des § 23 (§ 28) erfordere. Dasselbe enthalte in Verbindung mit der purificatoria nicht minder eine Beweisanordnung als zugleich ein Endurtheil, so daß für beide zusammen eigentlich die Beweis-

Digitized by Google

gebühr und die Entscheidungsgebühr zu erheben wäre. Für den Fall jedoch, wenn das bedingte Urtheil nicht oder nicht in der Instanz erledigt werde, erscheine es nicht angemessen, für das bedingte Urtheil die Erhebung einer Beweisgebühr anzuordnen, weil dann für eine Instanz, welche nach vorgängiger Beweisaufnahme mit einem bedingten Endurtheile abschließt, die Entscheidungsgebühr ohne sachlichen Grund wegfiele. Nachdem noch ausgeführt ist, daß und warum es auch unzulässig erscheine, von dem bedingten Urtheile durchweg die Entscheidungsgebühr zu erheben, wird als Prinzip aufgestellt: „Demnach wird eine sachgemäße Besteuerung nur dadurch zu erzielen sein, daß für das bedingte Urtheil zwar die Entscheidungsgebühr erhoben wird, bei Erledigung desselben aber eine weitere Gebühr für die in ihm enthaltene Beweisanordnung hinzutritt. Letztere muß natürlich (§ 23 a. a. O.) wegfallen, falls schon in der Instanz, in welcher das bedingte Urtheil ergangen ist, hinsichtlich desselben Streitgegenstandes eine Beweisgebühr erhoben worden ist. Dies Ergebniß erreicht der Entwurf durch den Vorschlag in § 24." Dieser § 24 war nun, wie folgt, gefaßt: „Die Gebühr für das Urtheil, durch welches ein bedingtes Urtheil erledigt wird (§ 427 Abs. 2 C. P. O.), ist neben der Gebühr für das bedingte Urtheil oder das die Berufung gegen dasselbe zurückweisende Urtheil zu erheben, soweit nicht in der Instanz, in welcher das bedingte Urtheil erlassen ist, eine Beweisgebühr zur Erhebung kommt." Der Entwurf spricht also, indem er betreffs des bedingten Urtheiles den Charakter als Urtheil voranstellt, aus, daß für dasselbe die Entscheidungsgebühr zu erheben sei, und daß diese Gebühr auch für die nachfolgende purificatoria zur Erhebung komme, hiervon aber, d. h. von Erhebung dieser beiden Gebühren, dann eine Ausnahme einzutreten habe, wenn in der gleichen Instanz bereits eine Beweisgebühr zur Erhebung gelangt sei. Der § 24 des Gesetzes (§ 20a des Entwurfes der Kommission) ist aber nur eine ausführlichere Redaktion des Entwurfes, wobei der Charakter des bedingten Urtheiles als Beweisanordnung vorangestellt und im zweiten Absatze der Fall, welchen die Motive besonders hervorheben, nämlich, wenn es zu keiner Erledigung des bedingten Urtheiles in der Instanz kommt, ausdrücklich gerade so geregelt wird, wie es auch aus der Fassung des Entwurfes sich ergeben hätte. Für das bedingte Urtheil soll also immer eine Gebühr zur Erhebung gelangen, und zwar neben der Entscheidungsgebühr für das erledigende Urtheil (§ 427 Abs. 2 C. P. O.) eine Beweisgebühr, ohne eine Entscheidungsgebühr für die purificatoria die Entscheidungsgebühr; keinesfalls sollen aber betreffs eines und desselben Streitgegenstandes in der gleichen Instanz mehr als die drei im § 18 a. a. O. bezeichneten Gebühren erhoben werden. Aus dem Angeführten, aus dem Zusammenhange der beiden Absätze § 24 G. K. G. und aus § 499 C. P. O. ergibt sich weiter, daß unter **„Erledigung" in § 24 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes** nur eine solche nach Maßgabe des § 427 Abs. 2 C. P. O. verstanden werden kann. (R. G. 7. III. 84.) R. C. XI. (98.) 381—384.

§ 428.

§ 428.

Durch Leistung des Eides wird voller Beweis der beschworenen Thatsache begründet.

Digitized by Google

Der Beweis des Gegentheils findet nur unter denselben Voraussetzungen statt, unter welchen ein rechtskräftiges Urtheil wegen Verletzung der Eidespflicht angefochten werden kann.

§ 543 Nr. 1, § 544. cf. Anm. zu § 59.

1. **Abs. 1.** Ein Prozeß bezweckt einen konkreten Rechtsstreit unter den Parteien zur richterlichen Entscheidung zu bringen, und auf dieses Ziel ist das Verfahren in seinen verschiedenen Stadien der mündlichen Verhandlung, der Beweisaufnahme und der Urtheilsfällung, gerichtet. Die Parteien haben daher ihre entsprechenden Anträge zu stellen und die Beweismittel, deren sie sich zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen wollen, anzugeben (§§ 121, 128, 230, 255, 269, 279 der C. P. O.). Die Beweisaufnahme erfolgt vor dem Prozeßgerichte (§ 320 der C. P. O.), und wenn die Sache zur Endentscheidung reif ist, d. h. wenn alle zur Feststellung der streitigen Thatsachen gegebenen Mittel erschöpft sind, wird von dem Gerichte das Endurtheil erlassen (§ 272 a. a. O.). Das so geartete Prozeßverfahren bildet in seinen verschiedenen Stadien ein in sich geschlossenes Ganze, und in den Rahmen desselben fällt an sich auch der Parteieid, als ein Akt der Beweisaufnahme. Allein die Eigenschaft des Eides, insbesondere des richterlichen Eides, als eines nur subsidiären Beweismittels und die Heilighaltung des Eides haben den Beweis durch Parteieid in Abhängigkeit vom richterlichen Urtheile gesetzt, so daß also auch die Leistung eines Eides — nach Form und Wirkung — durch bedingtes Endurtheil zu erkennen ist (§§ 425, 426, 427, 439 a. a. O.). **Ein im Prozeßverfahren in solcher Form erkannter und geleisteter Eid liefert — von Gesetzeswegen — vollen Beweis der beschworenen Thatsache** (§ 428 a. a. O.) **für die konkrete Streitsache, nicht — mit gleicher Wirkung — darüber hinaus für ein anderes Prozeßverfahren, wenn auch unter denselben Parteien und in Veranlassung eines und desselben Rechtsgeschäftes.** Der Eid hat daher unmittelbare gesetzliche Wirkung nur für den Prozeß, in welchem darauf erkannt und in welchem er abgeleistet ist. Wenn das nicht schon aus allgemeinen prozeßrechtlichen Grundsätzen folgte, so weisen darauf die Inkonsequenzen und Rechtsnachtheile hin, welche auf dem vom Berufungsrichter betretenen Wege nothwendig entstehen müssen. Zunächst werden durch die Wirksamkeitserklärung eines früher geleisteten Parteieides für einen späteren Prozeß dem Gegner in diesem Prozesse die Rechtsfolgen entzogen, welche durch die Verweigerung der Eidesleistung und durch das Nichterscheinen des Schwurpflichtigen im Eidesleistungstermine nach dem Gesetze erwachsen (§§ 429, 430 a. a. O.); denn diese dem Gegner günstigen Folgen setzen einen Eid und daher die Möglichkeit der Ableistung dieses Eides voraus — Vorbedingungen, welche fehlen, wenn ein in einem früheren Prozeßverfahren bereits abgeleisteter Eid auch für den späteren Prozeß als wirksam und abgeleistet gilt. Auch das selbstständige Recht der Restitutionsklage aus § 543 Nr. 1, wegen Verletzung der Eidespflicht wird dem Prozeßgegner vereitelt; denn dieselbe ist abhängig von der Leistung des Parteieides und von der rechtskräftigen Verurtheilung wegen Verletzung der Eidespflicht (§ 544 a. a. O.), und die Restitutionsklage, gegründet auf den früher geleisteten Eid, auch wenn ihre Beziehung auf den späteren Prozeß denkbar wäre, hat ihre selbst-

Digitized by Google

ständig laufende Noth- und Verjährungsfrist, durch deren Ablauf di vollends beseitigt wird (§ 549 a. a. O.). (R. G. 11. V. 85.) A. I. (102.) 207. 208.

2. **Einfluß der Eidesleistung auf die mit dem Nachverfahren verl Klage auf Herausgabe der Urkunde.** Urtheil des Reichsgericht 9. Dezember 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 171 S. 236

3. **Wirkung eines in einem von zwei verbundenen Prozessen geordneter Verbindung geleisteten Eides auf die Entscheidung des Prozesses.** (R. G. 9. XII. 86.) R. C. XVIII. (82.) 378.

4. **Ein im Urkundenprozesse geleisteter Eid behält seine Bedeutu nach Umleitung der Sache in das ordentliche Verfahren.** (R. G. 2 84.) S. hierüber bei § 558 Abs. 4 ad R. C. XIII. (108.) 39 U. u. A. I. (114.) 182.

5. **Abs. 2. Voraussetzungen der Zulassung eines Gegenbeweises einen ausgeschworenen Eid nach § 428 Abs. 2,** s. (R. G. 21. X R. C. XIV. (89.) 324 ff.

§ 429.

§ 429.

Die Erlassung des Eides von Seiten des Gegners hat dieselbe Wirku die Leistung des Eides.

§§ 577, 611, 624, 626.

Die Verweigerung der Eidesleistung hat zur Folge, daß das Gegenthei beschwörenden Thatsache als voll bewiesen gilt.

§§ 417, 420, 430, 577.

1. **In dem Zugeständnisse einer Partei, durch Ableistung des i erlegten Eides einer Verletzung der Eidespflicht sich schuldig gemacht zu ist ein Geständniß dahin zu finden, daß es ihr auch jetzt nicht mög die in dem bedingten Endurtheile unter Eid verstellten Thatsachen al zu beschwören.** Eine derartige Erklärung ist der Eidesweigerung zusetzen, und muß daher die Partei der in dem bedingten Endurth den Fall der Eidesweigerung ausgesprochenen Folge gemäß ver werden. (R. G. 16. X. 83.) R. C. X. (119.) 384. 385.

2. **Die im § 429 Abs. 2 C. P. O. festgesetzte Folge einer weigerung erstreckt sich nicht auch auf den Nachprozeß wegen Schadens welchen der Gegner des den Eid Verweigernden gegen diesen desh stellt, weil letzterer gegen ihn auf Grund eines Urtheiles, das in Instanz wegen der Eidesweigerung aufgehoben wurde, die Zwangsvollst betrieben hat.** Die Wirkung des § 429 Abs. 2 C. P. O. beschrä auf den Prozeß, in welchem die Eidesweigerung stattgefunden hat Prozeß wegen Ersatz des durch Pfändung auf Grund eines vorläuf streckbaren Urtheiles zugefügten Schadens ist gegenüber dem Proz welchem das in Vollzug gesetzte Urtheil ergangen, ein durchaus s diger, und es muß in ihm völlig selbständig geprüft werden, Thatsachen, deren Entgegenstellung im Vorprozesse wegen Eidesw zur schließlichen Abweisung des Anspruches geführt haben, wah Dabei mag der Umstand, daß die Partei, welcher die Thatsach gegengestellt wurden, die Leistung des über dieselben zugeschobenen verweigert hat, für die Ueberzeugung von der Richtigkeit der Tha

Digitized by Google

im neuen Prozesse eine Anzeige bilden. (R. G. 1. XII. 83.) R. C. XI. (112.) 421. 422. S. auch (R. G. 9. XII. 86.) R. C. XVIII. (82.) 381.

3. **Das Berufungsgericht darf als Folge der Verweigerung eines den materiellen Prozeßstoff betreffenden richterlichen Eides nicht bloß die Verwerfung der Berufung bezeichnen, sondern muß die für die Endentscheidung des Prozesses maßgebende Folge an diese Verweigerung knüpfen.** (R. G. 30. IV. 81.) R. C. IV. (120.) 421. 422. A. III. (178.) 632. 633.

4. **Die Beweisgebühr ist voll und nicht nur zur Hälfte zu erheben, wenn der Schwurpflichtige die Eidesleistung verweigert.** Bei dem Beweise durch Eid besteht die Beweisaufnahme nicht bloß in der Abnahme des Eides; vielmehr ist der Beweis auch in dem Falle für aufgenommen zu achten, wenn der Schwurpflichtige die Leistung des ihm zuerkannten Eides verweigert. Denn die Weigerung führt das Gelingen des vom Prozeßgegner unternommenen Beweises herbei, und zwar durch die Anwendung des gewählten Beweismittels. Indem das Gericht der Partei einen Eid auferlegt, nöthigt es dieselbe dazu, den Eid entweder zu leisten oder zu verweigern. In beiden Fällen erfolgt die Beweisführung durch den Eid. Für den ersten Fall gilt die Beweisregel des § 428 Abs. 1 C. P. O., für den zweiten die Regel des § 429 Abs. 2 C. P. O. und gerade daraus, daß der Richter im Weigerungsfalle nach der zuletzt erwähnten Regel zu entscheiden hat, ergibt sich, daß die Eidesweigerung einen Bestandtheil der Beweisaufnahme bildet. Wird der Eid verweigert, so fällt das Beweismittel nicht etwa weg, wie beispielsweise dann, wenn der Schwurpflichtige stirbt; sondern es wird davon Gebrauch gemacht und in Folge dessen hat nunmehr das Gegentheil der Thatsache, welche beeidet werden sollte, für voll bewiesen zu gelten. Als Zugeständniß des Gegentheils der zu beschwörenden Thatsache, welches die Beweiserhebung entbehrlich machte (§ 261 C. P. O.), kann die Verweigerung des Eides nicht behandelt werden, schon darum nicht, weil sie nicht, wie das Geständniß, einen Widerruf zuläßt. An die einmal erklärte Weigerung bleibt der Schwurpflichtige gebunden; der Beweis, daß das Gegentheil der zu beschwörenden Thatsache unwahr, und daß seine Weigerungserklärung durch einen Irrthum veranlaßt sei, ist ihm nicht zu gestatten. (R. G. 7. VII. 87.) R. C. XVIII. (92.) 403. 404.

§ 430. **§ 430.**

Erscheint der Schwurpflichtige in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine nicht, so ist auf Antrag ein Versäumnißurtheil dahin zu erlassen, daß der Eid als verweigert anzusehen sei.

R. A. G. O. § 24.

Der § 472 C. P. O. beschränkt die Berufung auf Endurtheile; § 474 fügt in Betreff der Versäumnißurtheile eine weitere Beschränkung hinzu. **Versäumnißurtheile, welche sowohl Endurtheile als Zwischenurtheile sein können, sind mithin nur dann durch Berufung anfechtbar, wenn sie Endurtheile oder den Endurtheilen hinsichtlich der Rechtsmittel gleichgestellte Zwischenurtheile sind und außerdem die Erfordernisse des § 474 a. a. O. vorliegen. Demgemäß unterliegt das Urtheil, welches ein nach § 430 C. P. O. ergangenes Versäumnißurtheil nach erfolgtem Einspruche aufrecht**

Digitized by Google

erhält, nicht der Berufung. (Vgl. einerseits Brettner in Zeitschr. f. d. Civilprozeß Bd. 3 S. 342, andererseits Bolgiano, das. Bd. 5 S. 202; Boas in Gruchot's Beiträgen Bd. 25 S. 576.) Das Urtheil, welches den Einspruch gegen das Versäumnißurtheil verwirft oder mit anderen Worten, das Versäumnißurtheil aufrecht erhält, enthält, wie letzteres, gemäß § 430 C. P. O. lediglich den Ausspruch, daß der Eid als verweigert anzusehen sei. Ein solches Urtheil hat, wie die Motive zu §§ 302. 413 des Entwurfes der C. P. O. hervorheben, die Eigenschaft eines Zwischenurtheiles über die Frage, ob der Eid als verweigert anzusehen sei; es bildet die Grundlage für das weitere Urtheil, durch welches nach Ablauf der Einspruchsfrist oder Verwerfung des Einspruches nach weiterer Verhandlung die Folgen der Eidesweigerung ausgesprochen werden. Dasselbe ist ein Zwischenurtheil, welches nicht zu denjenigen gehört, welche in Ansehung der Rechtsmittel den Endurtheilen gleichgestellt sind. (R. G. 18. X. 84.) R. C. XIII. (107.) 397—399.

§ 441.

§ 431.

Der Schwurpflichtige, welcher frühere Behauptungen zurücknimmt oder früher bestrittene Thatsachen zugesteht, kann sich zur Leistung eines beschränkteren Eides erbieten, selbst wenn der Eid bereits durch bedingtes Urtheil auferlegt ist. Auch können unerhebliche Umstände, welche in die Eidesform aufgenommen sind, berichtigt werden.

1. Die Anwendung des § 431 Satz 1 hat zur Voraussetzung, daß durch nachträgliche Erklärungen des Schwurpflichtigen, die in der Zurücknahme früherer Behauptungen oder in dem nachträglichen Zugeständniß bestrittener Thatsachen bestehen, eine im Urtheil nicht vorgesehene Aenderung der Sachlage eintritt und daß hierdurch der eidliche Beweis von Thatsachen überflüssig wird; der zweite Satz des § 431 aber hat den Fall im Auge, daß der Schwurpflichtige oder die Gegenpartei die irrthümliche Angabe eines unerheblichen Umstandes, welche in der Eidesnorm Aufnahme gefunden hat, nachträglich berichtigte, z. B. eine irrige und für die Entscheidung bedeutungslose Angabe von Zeit, Ort oder Persönlichkeit verbesserte. Wenn es sich aber auch um die Verbesserung einer bloßen Unrichtigkeit im Sinn des § 290 handelt, so ist immerhin **die Partei nicht ausschließlich auf den Antrag der Richtigstellung beim Instanzrichter verwiesen, sondern kann auch durch die Berufung die Richtigstellung machen** (vgl. Wilmowsky u. Levy, Komm. zur C. P. O. § 290 Nr. 3). Urtheil des O. L. G. zu Jena vom 21. November 1884. Blätter für Rechtspflege in Thüringen Bd. 32 S. 360 ff. S. A. XLI. bezw. XI. (149.) 228. 229.

2. **Berichtigung eines rechtskräftig normirten Eides.** Der § 431 der C. P. O. erlaubt die Berichtigung unerheblicher Umstände in der Eidesformel. Ob ein Umstand im einzelnen Fall als unerheblich zu gelten hat, läßt sich nur aus der jedesmaligen Sachlage beurtheilen; eine Zeitangabe z. B. kann je nach Umständen ganz gleichgültig oder auch der wichtigste Bestandtheil der Eidesnorm sein. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 20. Februar 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (241.) 369.

3. Indem das Gesetz in § 431 der C. P. O. für den Fall des Erbietens zu einem beschränkteren Eide oder des Verlangens der Berichtigung unerheblicher Umstände eine Aenderung der Eidesnorm auch außerhalb des Weges der Einlegung eines Rechtsmittels und auch noch nach

Digitized by Google

etretener Rechtskraft des eidbedingten Urtheils ermöglicht hat, hat es it zur Beseitigung eines Gewissenszwanges des Eidespflichtigen eine ülfe in diesem Punkt zu erleichtern, nicht zu erschweren beabsichtigt. **kann daher davon, daß durch jene Bestimmung der ordentliche Weg der ülfe mittels Einlegung der Berufung wider die noch nicht rechtskräftig rdene Eidesauflage hätte beschränkt oder aufgehoben werden sollen, keine e sein.** Insofern aber bietet die Bestimmung des § 431 eine Richt- ur auch für den Weg der Berufung, als Modifikationen der Eides- n, welche dem Schwurpflichtigen nach dieser Gesetzesbestimmung selbst m in Rechtskraft erwachsenen Erkenntniß gegenüber gestattet sind, um iel mehr im Wege der Berufung gegen ein nicht rechtskräftiges Ur- gestattet sein müssen und daß hiergegen der Umstand, daß die Fassung Eides der eigenen Formulirung des Schwurpflichtigen entspricht und dieser ihn so, wie er auferlegt ist, auf geschehene Zurückschiebung an- ommen hat, nicht hindernd in Betracht kommt. Auch nicht wegen der chwerthigkeit des Inhalts mit dem Eidessatz der vorigen Instanz sind Anträge zurückweisbar, da angesichts der hohen Verantwortung der esleistungen und zur Vermeidung von Gewissenszwang die Wünsche Schwurpflichtigen, soweit sie mit dem Zweck der Eidesleistung und den hten der Gegenpartei in keinen Widerspruch kommen, in weitem Maß onung und Berücksichtigung verdienen. Urtheil des O. L. G. zu uttgart vom 23. Juni 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (148.) . 228.

4. **Der Fall des § 431 wird von der Vorschrift des § 290 nicht be- en.** Der § 290 der R. C. P. O. befaßt Unrichtigkeiten im Urtheile, he nach der bei Erlaß desselben gegebenen prozessualen Lage der Sache dieser im Widerspruche stehen und ebenso mit dem vom Richter ge- ten Ausdrucke seiner Entscheidung. Der § 431 a. a. O. hat dagegen einem ersten Satze eine nach Erlaß des Urtheiles eingetretene Aende- g im Auge, welche durch nachträgliche Erklärungen des Schwurpflich- n bewirkt worden ist und im Urtheile nicht vorgesehen werden konnte. handelt sich dabei um Thatsachen, deren Beweis bei Erlaß des Ur- es noch ausstand und durch die nachträglichen Erklärungen des Schwur- htigen überflüssig wird. Es ist der Fall, welcher, wie die Motive zur lprozeßordnung bemerken, auch in der preußischen Prozeßordnung vor- hen war und das Merkmal hat, daß der Gegner durch die Aenderung Eidesnorm in eine günstigere Lage versetzt wird. Was aber den ußsatz des § 431 a. a. O. angeht, welcher einem Amendement der hsjustizkommission entspricht, so kann derselbe ebensowenig als eine endung des § 290 a. a. O. angesehen werden. Schon die Art seiner indung mit dem vorausgehenden Satze durch das Wort „auch" deutet uf hin, daß es sich in beiden Sätzen um ein Gleichartiges handelt. stehen auch in diesem letzten Satze nicht wie im § 290 „offenbar chtige", sondern „unerhebliche" Umstände in Frage. Enthalten diese eich offenbare Unrichtigkeiten, so kommt überhaupt nicht der § 431, ern der § 290 a. a. O. zur Anwendung. Eine Wiederholung der iesem gegebenen Regel für die Eidesnorm wäre überflüssig gewesen. ß die Verhandlungen bei Berathung des erwähnten Amendements er- n, daß man nicht an den Fall eines richterlichen Fehlers, sondern,

Digitized by Google

wie im ersten Satze des § 431 a. a. O., an eine nachträgliche
tigung eines Irrthumes der Partei durch diese selbst gedacht hat.
Beispiel wird angeführt die Aenderung eines Datums, von dess
richtigkeit der Schwurpflichtige sich überzeugt habe, und dessen Vers
heit von dem richtigen Datum ohne Bedeutung für die Entscheidu
**Wenn eine vorgenommene Aenderung der Eidesnorm materiell un
ist, so kann eine Remedur nur im Wege der Berufung gegen das de
ergehende Läuterungsurtheil gesucht werden.** (Vgl. v. Wilmows
Levy, Kommentar zur Civilprozeßordnung 2. Aufl. Anm. 2 Sch
S. 530. (R. G. 3. II. 83.) R. C. VIII. (116.) 392. 393. A
(88.) 281. 282.

5. **Nach § 431 C. P. O. kann die Berichtigung der Eidesform
in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine herbeigeführt werden.**
23. VI. 83.) R. C. X. (45.) 169.

6. **Das Gericht hat von Amts wegen eine Berichtigung der Eid
nicht vorzunehmen.** (R. G. 23. VI. 83.) R. C. X. (45.) 169.

7. **Ob der Vorsitzende nach § 130 der R. C. P. O. darauf hinzu
hat, daß der Antrag auf Berichtigung einer Eidesnorm in gehöriger
gestellt werde,** kann dahin gestellt bleiben. Jedenfalls könnte ma
Anwendung desselben höchstens dann Veranlassung finden, wenn mit
lassung der Antragsstellung in gehöriger Form die Möglichkeit, no
Berichtigung der Eidesformel zu erlangen, verloren ginge. Dies i
nicht der Fall, da nach § 431 eine solche **Berichtigung noch in d
Eidesleistung bestimmten Termine herbeigeführt werden** kann. (R.
VI. 83.) R. C. X. (45.) 169.

8. **Grenzen der Zulässigkeit der Aenderung der Eidesformel des E
pflichtigen.** (R. G. 19. I. 85.) U. u. A. I. (227.) 375.

9. **Die Umwandlung eines rechtskräftig normirten Wahrheitse
einen Ueberzeugungseid ist nicht zulässig.** Wenn im § 431 der R. C.
zunächst dem Schwurpflichtigen gestattet wird, sich zur Leistung
„beschränkteren" Eides zu erbieten, so bezieht sich das nur auf
Abänderungen des Eides, durch welche der Gegner des Schwurpfli
in eine günstigere Lage versetzt wird, also beispielsweise auf den
wenn der Schwurpflichtige, dem es freigestellt worden, einen gr
Betrag zu beschwören, nur einen geringeren Betrag beschwören wil
die Motive zum § 414 des Entwurfs zur C. P. O.; Urtheil des
Bd. 8 S. 392). Dieses ist aber nicht der Fall, wenn der S
pflichtige durch Ableistung eines ihm günstigeren, weil weniger s
Eides dasselbe erreichen will, was durch das Urtheil an die Abl
des strengeren Eides geknüpft ist. — Ebensowenig kann die weite
stimmung des § 431, wonach unerhebliche Umstände, welche in die
norm aufgenommen sind, berichtigt werden können, Anwendung
Die hierdurch verstattete Aenderung des Eides bezieht sich nur
zum Beweisthema gehörenden Thatsachen, nicht aber auf die Fra
die Bewahrheitung dieser Thatsachen durch einen Wahrheitseid oder
einen Ueberzeugungseid erfolgen solle. Es ergibt sich dies auch a
Entstehungsgeschichte des § 431. Derselbe enthält in dem ursprün
Entwurf nur den ersten Satz betreffs des beschränkteren Eides.

Digitized by Google

Reichstagskommission aber wurde geltend gemacht, daß eine Aenderung des Eides auch dann zuzulassen sei, wenn ein für die Entscheidung der Sache unerheblicher Nebenumstand in das Eidesthema Aufnahme gefunden und sich hinterher dessen Unrichtigkeit herausgestellt habe. Als Beispiel wurde namentlich angeführt die Rektifikation eines unrichtigen, für die Beurtheilung der Sache irrelevanten Datums (vgl. Protokolle der Reichstagskommission S. 179/80; Hahn, Materialien Bd. 1 Abth. 1 S. 667). In Folge jener Erwägung wurde der im zweiten Satz des § 431 enthaltene Zusatz beschlossen. Daß aber diese Erwägung nur auf die Berichtigung solcher Thatsachen paßt, welche zur Sachdarstellung selbst gehören, liegt auf der Hand. Könnte man aber selbst den zweiten Satz auch auf die Eingangsformel des Eides beziehen, so würde man doch schwerlich jemals die Frage, ob der zum Eide Zugelassene einen Wahrheits- oder einen Ueberzeugungseid zu leisten habe, als eine „unerhebliche" bezeichnen können. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 23. Okt. 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 258 S. 354 ff.

10. **Das Rechtsmittel der Beschwerde ist gegen einen Beschluß, durch welchen mit Rücksicht auf die Bestimmungen des § 431 C. P. O. die Norm eines durch bedingtes Urtheil auferlegten Eides geändert wird, nicht zulässig.** Für eine solche Beschwerde fehlt die allgemeine Voraussetzung dieses Rechtsmittels, wie sie im § 530 gegeben ist, nämlich eine die Zulässigkeit desselben besonders anordnende Bestimmung der Prozeßordnung oder eine, eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidung, durch welche die Zurückweisung eines das Verfahren betreffenden Gesuches ausgesprochen wird. (R. G. 3. II. 83.) R. C. VIII. (116.) 391. 392. A. VII. (88.) 281. 282.

11. **Das Recht zur Berufungseinlegung gegen ein Eidesurtheil wird durch die Bestimmungen in § 431 der Reichs-Civilprozeßordnung nicht beschränkt.** (B. O. L. 23. V. 83.) S. hierüber bei § 472 ad S. X. (40.) 106.

§ 432. **§ 432.**

Ist der Eid durch bedingtes Urtheil auferlegt, so kann, auch nach Eintritt der Rechtskraft, die Zuschiebung sowie die Zurückschiebung des Eides widerrufen werden, wenn der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurtheilt oder wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Gegner erst nach erfolgter Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides von einer solchen Verurtheilung Kenntniß erlangt habe.

§§ 422, 433, 439.

§ 433. **§ 433.**

Wenn der Schwurpflichtige stirbt, wenn er zur Leistung des Eides unfähig wird oder wenn er aufhört gesetzlicher Vertreter zu sein, so können beide Parteien in Ansehung der betreffenden Beweisführung alle Rechte ausüben, welche ihnen vor der Zuschiebung des Eides zustanden.

Dasselbe gilt, wenn in Folge der Verurtheilung des Schwurpflichtigen wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides widerrufen wird.

Ist der Eid durch bedingtes Urtheil auferlegt, so wird unter Aufhebung des Urtheils in der Sache anderweit erkannt.

1. **Wenn nach rechtskräftig gewordenem bedingtem Endurtheile die schwurpflichtige Partei stirbt, so ist die nach § 433 C. P. O. eintretende neue Verhandlung nicht im vollen Umfange wieder zu eröffnen, sondern**

Digitized by Google

dieselbe ist auf die Ergebnisse der Beweisführung hinsichtlich des im Eidesthema des bedingten Urtheiles bezeichneten Beweissatzes zu beschränken. Maßgebend ist hierfür zunächst der Wortlaut des Gesetzes, dem um so größere Bedeutung beizulegen ist, als die Motive und die Entstehungsgeschichte des § 433 C. P. O. keine Anhaltspunkte für die Annahme bieten, daß der Wille des Gesetzgebers sich nicht oder nicht vollständig mit dem Wortlaute deckt. Die Motive enthalten hiernach lediglich eine Wiedergabe des Inhalts der gesetzlichen Bestimmungen, ohne deren Einfluß und Tragweite auf die hier vorliegende Frage weiter zu erörtern. Der Hinweis der Motive auf frühere Prozeßgesetze und Entwürfe ist gleichfalls von keiner entscheidenden Bedeutung, schon deßhalb nicht, weil dieselben sämmtlich eine Bestimmung, wie sie der § 251 C. P. O. enthält, nicht kennen, vielmehr noch an dem Grundsatze der Trennung der Verhandlungen in zwei Abschnitte festhalten, von welchen der zweite lediglich für die Beweisaufnahme und Beweisausführung (zum Theile auch für die Beweisantretung) bestimmt ist. Auch gewähren frühere Prozeßgesetze und Entwürfe den Parteien nur die Rechte, welche ihnen in Ansehung der Beweisführung vor der Zuschiebung oder Auferlegung des Eides zustanden. Ist man aber zunächst auf den Wortlaut des § 433 C. P. O. angewiesen, so sind entscheidend die Worte im ersten Absatze: „in Ansehung der betreffenden Beweisführung". Wäre es die Absicht des Gesetzgebers gewesen, auch im Falle eines bereits vorliegenden rechtskräftigen Urtheiles nach dem Tode des Schwurpflichtigen beiden Parteien die volle Freiheit im Vorbringen neuer Thatsachen geben zu wollen, so hätten diese Worte nicht aufgenommen werden dürfen. Denn, würde der Nachsatz mit Weglassung jener Worte gelautet haben: „so können beide Parteien alle Rechte ausüben, welche ihnen vor der Zuschiebung des Eides zustanden", so wäre es nach dem System der Civilprozeßordnung (§§ 251. 256) ohnehin selbstverständlich, daß ihnen diese Rechte auch in Ansehung der betreffenden Beweisführung gewährt werden müßten. Die Worte „in Ansehung der betreffenden Beweisführung" wären daher überflüssig. Gerade deßhalb aber, weil nach dem Grundsatze der Civilprozeßordnung bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, von beiden Parteien noch neue Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend gemacht werden können, gewinnt der Zusatz „in Ansehung der betreffenden Beweisführung" die Bedeutung einer Beschränkung der den Parteien durch den Nachsatz verliehenen Befugnisse, woraus zugleich die Nothwendigkeit einer Beschränkung der Verhandlung und der richterlichen Thätigkeit auf diesen Theil des Prozeßstoffes sich ergibt. Allerdings kann nach § 423 C. P. O. die Annahme oder Zurückschiebung des Eides außer den Fällen des § 419 Abs. 2 und des § 422 nicht widerrufen werden. Nun kann man immerhin sagen, daß diesen Ausnahmefällen durch den § 433 noch ein weiterer hinzugefügt wird, und daß insofern die Parteirechte erweitert werden. Diese Erweiterung wird aber durch den Grundsatz gewährt, daß die Parteien alle Rechte ausüben können, welche ihnen vor der Zuschiebung des Eides zustanden, nicht aber durch die diesen Satz wieder einschränkenden Worte „in Ansehung der betreffenden Beweisführung". Aehnlich verhält es sich mit dem § 267 C. P. O. Richtig ist, daß der § 433 Abs. 1 sich nicht bloß auf den Fall bezieht, wo der

Digitized by Google

Eid durch Urtheil, sondern auch in den Fällen Anwendung findet, wo der Eid durch Beschluß auferlegt ist; und richtig ist ferner, daß in solchem Falle eine Beschränkung der Verhandlung auf die Beweisergebnisse, trotz jener oftерwähnten beschränkenden Worte, nicht eintreten kann, weil der § 433 den Parteien die ihnen auch ohne jenen Zwischenfall nach der Civilprozeßordnung zustehenden Rechte nicht nehmen will. Daraus folgt aber nur, daß, wenn die fraglichen Worte „in Ansehung der betreffenden Beweisführung" nicht völlig bedeutungslos sein sollen, sie gerade für den vorliegenden Fall, daß der Eid durch Urtheil auferlegt ist, Bedeutung haben. Was dann noch die im Abs. 3 des § 433 gegebene Vorschrift anlangt, so hat dieselbe ersichtlich nur eine formale Bedeutung. Unzweifelhaft hätte der Gesetzgeber bei der hier für richtig erachteten Auslegung des § 433 Abs. 1 auch bestimmen können, daß das neue Urtheil sich auf den Ausspruch zu beschränken habe, in welchen bestimmten Punkten das frühere Urtheil aufzuheben oder abzuändern sei. Er konnte aber auch wie im Abs. 3 geschehen, anordnen, daß das frühere Urtheil ganz aufzuheben und durch ein neues zu ersetzen sei. Es war dies eine reine Zweckmäßigkeitsfrage, deren Entscheidung in der einen oder in der anderen Richtung für die vorliegende Frage von keiner Bedeutung ist. Erheblicher erscheint dagegen auf den ersten Blick der Umstand, daß nach der hier vertretenen Ansicht der im § 251 C. P. O. enthaltene Grundsatz durchbrochen und einem Urtheile in gewisser Beziehung eine Rechtskraft beigelegt wird, welches demnächst aufgehoben werden soll. Allein was den ersten Punkt anlangt, so konnte der Gesetzgeber zweifellos aus prozeßpolitischen Gründen die Anwendung des § 251 C. P. O. auf diesen Fall ausschließen, wenn er solche für praktisch bedenklich erachtete. In der That müßte es auch unbillig und unzweckmäßig erscheinen, wenn nach dem Erlasse eines bedingten Endurtheiles die sämmtlichen Ergebnisse der bisherigen Verhandlungen auch in solchen Punkten wieder in Frage gestellt würden, welche an sich durch die im § 433 bezeichneten Ereignisse nicht berührt werden. Der Gesetzgeber hatte nur die Wahl, entweder für diesen Fall von dem Grundsatze des § 251 C. P. O. abzugehen, oder aber sich über die Existenz des rechtskräftigen Urtheiles ganz hinwegzusetzen. Bei diesem Dilemma mußte der erste Weg, die Verhandlung auf die „betreffende Beweisführung" zu beschränken, als der minder bedenkliche erscheinen. Daß dabei das frühere Urtheil in denjenigen Punkten, welche durch das betreffende Ereigniß nicht berührt werden, bei der Verhandlung als rechtskräftiges Urtheil behandelt wird, ungeachtet es demnächst formell durch ein anderes ersetzt werden soll, darf nicht befremden, da das frühere Urtheil bis zu seiner Wiederaufhebung auch formell noch als solches besteht und sich materiell die ganze Verhandlung um die Frage bewegt, inwieweit eine Abänderung des Urtheiles in dem Punkte, welcher durch eines der im § 433 erwähnten Ereignisse betroffen wird, geboten ist. Für den Gesetzgeber lag es auch um so näher, diesen Weg einzuschlagen, als ein analoges Verfahren auch für den ähnlichen Fall der Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 541 ff. C. P. O.) angeordnet ist, indem auch hier die Hauptsache nur insoweit von Neuem verhandelt wird, als sie von dem Anfechtungsgrunde betroffen ist (§ 553 C. P. O.). Wenn daher die Restitution aus einem lediglich ein Beweismittel betreffenden

Digitized by Google

Grunde beantragt wird (z. B. auf Grund des § 543 Ziff. C. P. O.), so hat sich die Verhandlung, wie solches auch in den M zum § 553 C. P. O. (§ 529 des Entwurfes; s. Hahn, Mat S. 386) ausdrücklich hervorgehoben wird, auf diesen Punkt des streites zu beschränken, ohne daß die übrigen Resultate der Verhand in Frage kommen. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 10 S — (R. G. 15. V. 85.) R. C. XIII. (101.) 379—385.

2. **Abänderung eines rechtskräftigen bedingten Endurtheils in Ablebens des Schwurpflichtigen.** Nach den §§ 439, 433 bewirkt d des Schwurpflichtigen, daß beide Parteien in Ansehung der betre Beweisführung alle Rechte ausüben können, welche ihnen vor d schiebung oder Auferlegung des Eides zustanden. Die Sache wi in denjenigen Stand zurückversetzt, in welchem sie vor Erlaß des ten Endurtheils, durch welches auf den Eid erkannt ist, lag. Di teien dürfen neue Beweismittel vorbringen und der Richter hat d zu befinden, ob er eine neue Beweisaufnahme veranlassen oder auf der stattgehabten Beweisaufnahme den Erben des verstorbenen S pflichtigen oder dem Gegner einen Eid auferlegen, oder ob er ob definitiv in der Sache erkennen will. Urtheil des Reichsgerich 6. Oktober 1882. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 60 S. 93. 94.

3. **Zu den Unfähigkeitsgründen gehört auch die Konkursfälligk Schwurpflichtigen**, da nach § 5 der K. O. der Gemeinschuldne Eigenthümer seines Vermögens bleibt, aber die Befugniß, dieses Ve zu verwalten und darüber zu verfügen, verliert, welches Verfügun auf einen Konkursverwalter übergeht. Diese Befugniß bezieht si auf Rechtsstreitigkeiten, welche auf Aussonderung eines Gegenstand der Konkursmasse gerichtet und welche aufgenommen worden sind. diese Rechtsstreitigkeiten wird der Gemeinschuldner prozeßunfähig. des O. L. G. zu Darmstadt vom 15. Februar 1886. S. A. bezw. XI. (242.) 370. 371.

§ 434.

§ 434.

Der Eid über eine Thatsache, welche für ein allen Streitgenossen gegenü einheitlich festzustellendes Rechtsverhältniß von Einfluß ist, muß allen Streit zugeschoben oder zurückgeschoben werden, sofern nicht rücksichtlich einzelner Strei die Zuschiebung oder Zurückschiebung unzulässig ist. In jedem Falle bedar Zuschiebung oder zur Zurückschiebung der übereinstimmenden Erklärung aller genossen. Ueber die Annahme des Eides haben sich nur diejenigen Streitgen erklären, welchen der Eid zugeschoben ist.

Ist der von allen oder von einigen Streitgenossen zu leistende Eid vo oder mehreren derselben, oder ist der von einem Theile der Streitgenossen zu Eid von allen Schwurpflichtigen verweigert oder als von ihnen verweigert an so entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung, ob die Behauptung, deren durch Eideszuschiebung angetreten ist, für wahr zu erachten sei. Erklären Streitgenossen, daß sie den Eid nicht leisten werden, so ist in Ansehung der Streitgenossen die Leistung des Eides nicht anzuordnen oder der Eid nicht abzu sofern das Gericht denselben für unerheblich erachtet.

§§ 391, 410, 413, 415, 435.

1. **Abs. 2. Das dem Richter in Abs. 2 § 434 der R. C. P. gebene Ermessen bezieht sich nur auf den im Abs. 1 vorausgesetzt der nothwendigen Streitgenossenschaft**; im Uebrigen bewendet es b zwingenden Beweisregel der §§ 428 und 429 das. — (R. G. 9. XI A. VII. (44.) 173.

Digitized by Google

2. Die Eideszuschiebung an mehrere Streitgenossen kann nicht nach aßgabe des § 411 der R. C. P. O. nur dem einen gegenüber unter r Voraussetzung, daß der andere den Eid leisten werde, unzulässig sein; ndern ob das Gegentheil bereits erwiesen sei, ist nach der jeweiligen chlage mit gleichmäßiger Wirkung in Ansehung aller Streitgenossen zu stimmen. **Das Gericht kann nicht bei zugeschobenem Eide nach seinem messen von vornherein dem einen Schwurpflichtigen die Eidesleistung nz erlassen; sondern es hat nach § 434 Abs. 2 C. P. O. nur erst dann, nn der eine schwurpflichtige Streitgenosse den Eid verweigert, während r andere ihn zu leisten bereit ist, nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, es nun auf den Eid des letzteren ankommen soll.** Das Gericht kann er, wenn es durch den von einem Streitgenossen unternommenen Be- is soviel als erwiesen erachtet, daß es auf dessen Seite zu einem hterlichen Eid gelangt, nach § 438 C. P. O. in die Lage kommen, sich n vornherein darüber schlüssig machen zu müssen, ob es diesen hterlichen Eid von beiden oder nur von einem der beiden Theilhaber r klägerischen Firma erfordern wolle, und hat über diesen Punkt ganz ch freiem Ermessen zu bestimmen. Findet es nun Veranlassung, diesen **chterlichen Eid nur dem einen Streitgenossen** aufzuerlegen, so steht rmit allerdings fest, daß, falls der letztere den Eid leistet, nach § 439 s. 1 vgl. mit § 428 Abs. 1 C. P. O. das Gegentheil der gegnerischen hauptung bewiesen ist, und eben deßhalb kann bei solcher Sachlage vom geschobenen Eide nach § 411 C. P. O. überhaupt nicht mehr Rede sein. Die Bestimmungen der Civilprozeßordnung über das Be- ismittel des Eides bringen es mit sich, daß in der hier besprochenen ziehung der Beweispflichtige möglicherweise formell ungünstiger gestellt rd, wenn das Gericht dazu gelangt, seiner Gegenpartei einen richter- en Eid aufzuerlegen, als wenn es seine Beweisführung im Uebrigen völlig mißlungen betrachtet und nur noch auf die von ihm vorgenom- ne Eideszuschiebung zurückgreift. (R. G. 2. V. 83.) R. C. XII.) 14. 15.

3. **Bei der Anfechtungsklage gegen den Vertragsgenossen des Schuld- s und den Rechtsnachfolger handelt es sich nicht um eine nothwendige reitgenossenschaft (im Sinne des § 59 der R. C. P. O.). Es kommen er solchen Falls die §§ 428. 429, nicht § 434 Abs. 2 der R. C. P. O. Anwendung.** (R. G. 9. III. 82.) S. hierüber bei § 58 ad A. I. (44.) 171—173.

§ 435. § 435.

Ist eine Partei nicht prozeßfähig, so ist die Zuschiebung oder Zurückschiebung Eides nur an ihren gesetzlichen Vertreter und nur insoweit zulässig, als die ver- tene Partei, wenn sie den Prozeß in Person führte, oder der Vertreter, wenn er st Partei wäre, dieselbe zulassen müßte.

Minderjährigen, welche das sechszehnte Lebensjahr zurückgelegt haben, oder Ver- wendern kann über Thatsachen, welche in Handlungen derselben bestehen oder Gegen- nd ihrer Wahrnehmung gewesen sind, der Eid zugeschoben oder zurückgeschoben rden, sofern dies von dem Gericht auf Antrag des Gegners nach den Umständen Falles für zulässig erklärt wird.

§ 391.

S. hierüber bei § 338.

1. **Bei der Eideszuschiebung an eine juristische Person braucht der ge- liche Vertreter nicht ausdrücklich als derjenige bezeichnet zu werden, dem**

Digitized by Google

der Eid zugeschoben wird; dagegen muß erkennbar sein, welche der B
der juristischen Person Wissenschaft von der bestrittenen Thatsache
sollen. (R. G. 3. I. 85.) U. u. A. I. (179.) 308.

2. Der Flüchtige, dessen Vermögen beschlagnahmt wird (§ 3
Str. P. O.), verliert mit der Prozeßfähigkeit auch die Eidesfä
(R. G. 22. IX. 84.) U. u. A. I. (69.) 119.

3. Ueber die Behauptung, daß die Mutter zur Zeit der gesetzlich
stellbaren Empfängniß noch mit anderen Mannspersonen geschlechtlich
gang gepflogen habe, kann derselben, auch wenn sie das klagende K
Vormünderin vertritt, der Eid zugeschoben werden. Nicht der
C. P. O. kommt hierbei in Betracht, sondern der § 435 C.
Nach letzterem ist die Eideszuschiebung an den gesetzlichen Vertrete
nicht prozeßfähigen Partei in zweifacher Richtung zulässig, einmal,
die vertretene Partei, wenn sie selbst den Prozeß führte, dieselben z
müßte, sodann aber auch, insofern das Gleiche der Fall sein
wenn der Vertreter selbst Partei wäre. Damit ist,
aus den Motiven zum § 417 des Entwurfes ergibt, auch in der Li
allgemein anerkannt wird (vgl. Hellmann, Lehrb. S. 575;
Handb. S. 562 Anm. 11), ausgesprochen, daß in Bezug auf die
zuschiebung der Vertreter einer nicht prozeßfähigen Partei selb
Partei gelte. (R. G. 15. XII. 85.) R. C. XV. (73.) 303–

4. In einem Civilprozesse, in welchem eine offene Handelsges
in Liquidation, vertreten durch die Liquidatoren, als Prozeßpartei
darf einer der Gesellschafter, welcher nicht Liquidator ist, nicht als
vernommen werden. (R. G. 15. XII. 86.) R. C. XVII. (91.)

§ 436.

§ 436.

Sind mehrere gesetzliche Vertreter vorhanden, so finden die Vorschri
§ 434 entsprechende Anwendung. Betrifft der Eid die eigenen Handlungen ode
nehmungen nur einiger oder eines der Vertreter, so ist er von den übrig
zu leisten.

§ 391.

1. Wie das Handelsgesetzbuch das Vermögen der offenen H
gesellschaft von dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter tren
Gesellschaftsvermögen zur ausschließlichen Verfügung der Gesellsch
solcher bezw. der Gesellschaftsgläubiger stellt und den einzelnen
schafter nur als Gesellschafter in Vertretung der Gesellschaft üb
Gesellschaftsvermögen verfügen läßt, so hat es auch der Gesellsch
solcher das Recht verliehen, unter ihrer Firma vor Gericht zu klag
verklagt zu werden. Es hat derselben somit die Parteifähigkeit be
Zugleich hat es für die Gesellschaft, welche als solche prozessualische
lungsfähigkeit nicht hat, die Vertretung vor Gericht durch die Besti
geordnet, daß die Gesellschaft von jedem Gesellschafter gültig ve
wird, welcher von der Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, nic
geschlossen ist. Die von der Vertretung nicht ausgeschlossenen
schafter sind daher in einem Rechtsstreite der Gesellschaft die ges
Vertreter derselben. Ein der Gesellschaft zugeschobener Eid ist mith
§ 436 C. P. O., soweit nicht Satz 2 Platz greift, von allen Gesellscha
leisten, welche zur Zeit der Eidesleistung von der Befugniß, die Ge

Digitized by Google

zu vertreten, nicht ausgeschlossen sind, also auch von den erst nach Beginn des Rechtsstreites in die Gesellschaft eingetretenen und von der Vertretungsbefugniß nicht ausgeschlossenen Gesellschaftern, und nicht auch von den vor der Eidesleistung ausgeschiedenen Gesellschaftern. (R. G. 9. VI. 85.) R. C. XIV. (5.) 20. 21.

2. Die von der Vertretung ausgeschlossenen Sozien einer Handelsgesellschaft sind weder schwurpflichtig noch berechtigt. Nach Auflösung der Handelsgesellschaft und während ihrer Liquidation sind nicht die Sozien, sondern nur die Liquidatoren schwurberechtigt und pflichtig. Entsch. des R. Oberhandels-G. Bd. 21 Nr. 110 S. 347, Nr. 124 S. 389.

3. **Schwurpflichtige Personen bei Leistung eines Parteieneides seitens einer kollegialischen Behörde.** Urtheil des O. L. G. zu Celle vom 26. September 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 278 S. 356.

4. Richterlicher Eid.

§ 437. **§ 437.**

Ist das Ergebniß der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichend, um die Ueberzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu begründen, so kann das Gericht der einen oder der anderen Partei über eine streitige Thatsache einen Eid auferlegen.

1. **Der richterliche Eid ist nicht weniger als der zugeschobene auf „Thatsachen" beschränkt.** (R. G. 30. IV. 81.) R. C. IV. (120.) 418 f. A. III. (178.) 630.

2. **Auch der richterliche Eid darf nicht über Urtheile und Rechtsverhältnisse erkannt werden.** Zwar ist der nach § 437 der R. C. P. O. auferlegte Eid nicht an die Beschränkungen gebunden, welche der zugeschobene Eid nach § 410 in Ansehung der zu beschwörenden Handlung und Wahrnehmung des Gegners unterworfen ist; auch ist der Richter nicht genöthigt, gerade die unmittelbar erhebliche Thatsache in die Eidesformel aufzunehmen. Allein immerhin dürfen nur streitige Thatsachen den Gegenstand der Eidesleistung bilden und es ist der richterliche Eid über Rechtsverhältnisse, Rechtsbegriffe und Urtheile gerade so unzulässig, wie der zugeschobene Eid. (R. G. 29. IV. 84.) A. X. (98.) 413.

3. **Die Fassung des Eidessatzes „Gegenstände mit eigenen Mitteln erworben zu haben" (§ 37 der C. P. O.) ist unstatthaft.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern v. 5. Juni 1886. S. A. Bd. 12 bezw. 42 Nr. 71 S. 102.

4. Wenn es sich bei der Prüfung des Ergebnisses eines durchgeführten Beweisverfahrens um Auflage des richterlichen Eides handelt, ist **der Richter nicht an diejenige Thatsache gebunden, welche den Inhalt des Beweisbeschlusses bildet,** sondern er kann, wie aus der Bestimmung des § 437 der Civilprozeßordnung hervorgeht, den erwähnten Eid der einen oder anderen Partei auch über eine anderweitige Thatsache auferlegen, deren Feststellung für die Entscheidung der Sache maßgebend ist. Urtheil des obersten L. G. für Bayern v. 3. April 1886. S. XI. (151.) 386.

5. **Der richterliche Eid (§ 437 der C. P. O.) dient nicht zur Ergänzung von Substantiirungsmängeln,** sondern ist nur zur Ergänzung oder

Digitized by Google

zum Ersatz der Beweisführung, welche genügende und schlüssige Be
tungen voraussetzt, zu dienen bestimmt. Erk. des O. L. G. zu Br
schweig v. 12. Mai 1880. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 84 S.

6. **Darüber, was im Sinne des § 259 C. P. O. die Ueberze
des Gerichtes von der Wahrheit einer Thatsache bedeutet, und wie sic
Gericht bei Abwägung der Gründe für und gegen die Annahme jener
heit zu der Bestimmung des § 437 C. P. O. verhalten muß,** s. § 2
(R. G. 14. I. 85.) R. C. XV. (87.) 338—340.

7. **In Ansehung des Gegenbeweises gegen einen ausgeschworene
darf, wo ein solcher Gegenbeweis überhaupt zulässig ist, je nach Umst
auch auf einen richterlichen Eid nach § 437 C. P. O. erkannt w**
Wenn allerdings in der Regel nach dem jetzigen, wie nach dem frü
Civilprozeßrechte wegen der in einem Rechtsstreite schon zum Gegen
einer Eidesleistung gewordenen Thatsachen jeder weitere Eid imm
desselben Prozesses ausgeschlossen ist, so ergibt sich dies als eine
wendige Folge aus dem Umstande, daß in der Regel über solche
sachen überhaupt kein ferneres Beweisverfahren mehr stattfinden
Soweit aber einmal, wie eben durch § 428 Abs. 2 C. P. O., die
lichkeit eines solchen ausnahmsweise eröffnet ist, fehlt es an jedem in
oder äußeren Grunde, einen richterlichen Eid falls sonst die Vo
setzungen für die Auferlegung desselben gegeben sind, für unzuläs
halten. (R. G. 21. XI. 83.) R. C. XIV. (89.) 328.

8. **Eine gegen die Aufstellung in § 3 Nr. 2 des Reichsgesetze
21. Juli 1879 zum Gegenbeweis geschrittene Partei kann bloß in der F
zum Eide gelassen werden, daß sie die Absicht des Schuldners, seine
biger zu benachtheiligen, nicht gekannt habe.** In einem solchen
greift nämlich die in jener Gesetzesbestimmung angestellte Präsu
Platz, daß der Schuldner die betreffende Rechtshandlung in der de
deren Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen,
genommen habe. Diese Präsumtion kann zwar durch Gegenbewei
kräftet werden, allein, wenn das Gericht in dieser Hinsicht so viel
scheinlichkeit für vorhanden erachtet, um dem gegenbeweispflichtigen
den richterlichen Eid auflegen zu können, so muß es die Eidesforme
erwähnten Präsumtionsinhalte ganz genau anpassen, d. h. sie muß
lauten, daß der Schwörende die Absicht des Schuldners, seine Glä
zu benachtheiligen. nicht gekannt habe, nicht aber geht es an, diese
kenntniß auf einen einzelnen bestimmten Gläubiger zu beschränken.
des obersten L. G. für Bayern vom 19. Januar 1886. S. XI. N
S. 313.

9. Nach der allgemeinen Bestimmung des § 259 der Civilp
ordnung, welche auch bei Auflage des richterlichen Eides maßgebe
**sind in dem Urtheile die Gründe anzugeben, welche bei der Entsch
für die richterliche Ueberzeugung leitend gewesen sind.** (B. O. L. 2
84.) S. X. (125.) 335.

10. Es ist richtig, daß die Auflage eines richterlichen Eide
§ 437 der R. C. P. O. einmal voraussetzt, daß aus einer Bewe
nahme irgend ein Ergebniß vorliege, welches für die Ueberzeugun
Richters von der Wahrheit oder Unwahrheit einer streitigen Th
einigermaßen bestimmend, aber doch „nicht ausreichend" ist, m.

Digitized by Google

einen unvollständigen Beweis voraussetzt, und fernerhin, daß der Richter von derjenigen Partei, welcher er den Eid auferlegen will, eine bessere und sicherere Auskunft über den Streitpunkt erwarten könne, als von der anderen Partei. Richtig ist ferner, daß die Feststellung beider Voraussetzungen nach § 259 a. a. O. mit den Gründen, welche für die richterliche Ueberzeugung von dem Gegebensein dieser Voraussetzungen leitend gewesen sind, versehen sein muß. Die Bestimmung des § 437 beruht nämlich auf dem in § 259 aufgestellten Grundsatze der freien richterlichen Prüfung der Thatfragen überhaupt und insbesondere auf der Erwägung, daß in Folge dieses Grundsatzes dem freien Ermessen des Richters auch die Entscheidung der Frage zu überlassen sei, von welcher Partei er durch deren eidliche Versicherung die zuverlässigste Aufklärung über den Streitpunkt erwarte, und hieraus ergibt sich die Nothwendigkeit der **Angabe jener Gründe, welche für die Gewinnung der richterlichen Ueberzeugung, daß nur ein unvollständiger Beweis vorliege und daß von der eidlichen Versicherung gerade einer bestimmten Partei besserer d. i. gewisserer Aufschluß zu erwarten sei, in beiden Richtungen von selbst.** (Motive zu § 419 des Entwurfes der deutschen Civilprozeßordnung v. 1874 (§ 437 des Gesetzes) und die Motive zum gleichlautenden § 399 des Entwurfs v. 1871; Seuffert, Kommentar zur R. C. P. O., S. 510 f.; Struckmann und Koch, Kommentar, S. 356). — (B. O. L. 15. III. 83.) S. X. (18.) 40. 41.

11. Es ist zwar richtig, daß der richterliche Eid sowohl der beweispflichtigen Partei als deren Gegner zuerkannt werden kann. Daraus folgt aber keineswegs, daß in Bezug auf denselben die Beweispflicht unerheblich ist, da **von einem richterlichen Eide nicht die Rede** sein kann, **wenn nur zu Gunsten des Gegners des Beweispflichtigen einiger Beweis erbracht ist und der Beweispflichtige den Haupteid nicht zugeschoben hat, in welchem Fall vielmehr die Regel eintritt: actore non probante reus absolvitur.** (Vgl. Seuffert, Komm. zu § 437 Nr. 2.) Urtheil des Reichsgerichts v. 24. Okt. 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (150.) 229.

12. **Bei der richterlichen Auflage eines Eides ist die Wahl des Schwurpflichtigen dem richterlichen Ermessen anheimgegeben.** Bei Auflage des richterlichen Eides kommt es nicht darauf an, ob die Partei, an welche sie erfolgte, beweispflichtig ist, sondern nur darauf, daß, wenn der Eid dem Beweispflichtigen zuerkannt wird, nicht schon ein Gegenbeweis zu Gunsten des Gegners vorliegt. (B. O. L. 22. II. 84.) S. X. (125.) 336.

13. **Wenn das Ergebniß der Beweisführung zu Gunsten einer Partei lautet, so erscheint die Auflage des richterlichen Eides an dieselbe angezeigt,** da anzunehmen ist, daß durch die eidliche Versicherung dieser Partei der Richter die noch fehlende Ueberzeugung von der Wahrheit der bestrittenen Thatsache zu gewinnen vermag. (B. O. L. 22. II. 84.) S. X. (125.) 335.

14. **Verfagung des richterlichen (Noth-) Eides an die Streitparteien wegen Unglaubwürdigkeit derselben.** Der Richter hat nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei (§ 259 der C. P. O.). Er ist bei der Unvollständigkeit des erbrachten Beweises berechtigt, nach bestem Wissen

Digitized by Google

und Gewissen und nach sorgfältiger Prüfung der konkreten Sachlage, einer der Parteien einen Notheid anzuvertrauen und von dessen Ableistung die Entscheidung der Sache abhängig zu machen (§ 437 a. a. O.), allein dieses souveräne Recht ist davon abhängig und hat zur Voraussetzung, daß er durch die eidliche Versicherung einer der Parteien die ihm noch fehlende Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der bestrittenen Thatsache zu gewinnen vermag (Motive). Fehlt diese Voraussetzung, so ist der Notheid — er mag von der einen oder anderen Partei geleistet werden — kein Mittel, die Ueberzeugung des Richters zu ergänzen und den fehlenden Beweis — nach irgend einer Seite hin — zu erbringen. Eine absolute Pflicht, in dem gegebenen Falle auf einen Notheid für eine der Parteien zu erkennen, liegt dem Richter nicht ob; die Pflicht würde auch in offenen Widerspruch treten mit der freien richterlichen Beweiswürdigung, für welche — nach der Ueberzeugung des Richters — der Notheid nur ein Ergänzungsmittel darstellt. Das letztere setzt daher — nach Zweck und Ziel — ein gewisses Maß von Vertrauenswürdigkeit der Parteien voraus und ist daher — begriffsmäßig — ausgeschlossen und unanwendbar, wenn keine der Parteien das richterliche Vertrauen zu ihrer Wahrhaftigkeit genießt. (R. G. 21. IX. 85.) U. u. A. III. (200.) 436—438.

15. Der richterliche Eid wird auferlegt, wenn das Ergebniß der Verhandlungen oder einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu verschaffen. Er soll dem Richter als Mittel dienen, zu der ihm noch fehlenden Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu gelangen. **Es steht aber im freien Ermessen des Richters, ob er den Eid als Wahrheitseid, oder in der Form eines bloßen Ueberzeugungseides auferlegen will**; er kann sich mit dem Eide über bloßes Ueberzeugtsein oder Nicht-Ueberzeugtsein der Partei begnügen und daraufhin die Thatsache, von welcher die Entscheidung des Streits abhängt, als erwiesen erklären. (R. G. 7. X. 82.) R. A. IV. (331.) 733 ff. R. C. VII. (58.) 185 ff. A. VI. (122.) 428 ff.

16. **Zulässigkeit eines richterlichen Eides als Ueberzeugungseid.** Bei dem durch die C. P. O. eingeführten Grundsatz der freien Beweiswürdigung und zufolge spezieller Vorschrift des § 437 ist das Gericht, wenn das Ergebniß der Verhandlungen und der Beweisaufnahme nicht ausreichend ist, um die Ueberzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu begründen, befugt, der einen oder der anderen Partei einen Eid aufzuerlegen, und zwar nicht bloß über das Beweisthema, sondern über jede beliebige unter den Parteien streitige Thatsache, deren Feststellung dem Gericht für die Erlangung seiner Ueberzeugung erheblich erscheint. Mit dieser freien Stellung des Gerichts würde es unvereinbar sein, wenn dasselbe gezwungen sein sollte, in einem Fall von der Partei einen Wahrheitseid zu fordern, in welchem ihm zur Befestigung seiner noch schwankenden Ueberzeugung ein Ueberzeugungseid ausreicht. Diese Ansicht findet auch ihre Stütze in den Motiven zur C. P. O., welche sagen, daß für den richterlichen Eid die Beschränkung des § 410 nicht bestehe; dem Richter stehe es frei, wenn er das Glauben,

Digitized by Google

das Nichtwissen oder Nichtglauben einer Partei für die Erlangung der Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache für erheblich erachte, von dieser Partei einen Eid in der Form des Ueberzeugungseides (§ 424 und § 439 Abs. 1 der C. P. O.) zu fordern; die Gründe für die Beschränkung der Ignoranz- und Glaubenseide träfen nur die Eideszuschiebung (norddeutsche Protokolle II. S. 1031). Dieselbe Auffassung wird von mehreren Kommentatoren der C. P. O., so von Puchelt, Bd. 2 S. 281, Petersen, Bd. 2 S. 298 und Struckmann und Koch, 3. Aufl. S. 412, vertreten. Urtheil des O. L. G. zu Kiel v. 26. Juni 1882, bestätigt durch Rev.-Urtheil des R. G.'s v. 9. Febr. 1883. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 356 S. 471. 472.

17. **Ein in erster Instanz auferlegter, richterlicher Eid kann von dem Berufungsgerichte beseitigt werden, wenn dieses die zu Eid verstellte Thatsache auf Grund der in zweiter Instanz stattgehabten Verhandlungen für völlig erwiesen erachtet; dies auch dann, wenn die Partei, welcher der Eid auferlegt worden ist, Berufung oder Ausschließungsbeschwerde nicht erhoben hat.** Die Gegenpartei muß die durch die in Anlaß ihrer Berufung durch die neue Verhandlung erfolgte Feststellung gegen sich gelten lassen. (R. G. 23. III. 86.) R. C. XV. (48.) 208. 212.

§ 438. **§ 438.**

Der richterliche Eid kann allen Streitgenossen oder gesetzlichen Vertretern, er kann einigen oder einem derselben auferlegt werden.

Ausgeschlossen ist der richterliche Eid in §§ 611, 624, 626. Wegen Ehesachen cf. §§ 577, 578 Abs. 4, wegen Urkundenprozeß § 558.

Schwurpflichtig betreffs eines richterlichen Eides sind für eine offene Handelsgesellschaft die vertretungsberechtigten Personen, für eine Liquidationsfirma die Liquidatoren, für die aufgelöste Gesellschaft die früheren Gesellschafter als einfache Streitgenossen (§§ 236, 438, 433, 439 der R. C. P. O.). Subjekt der im Namen einer offenen Handelsgesellschaft erworbenen Rechte sind die Handelsgesellschafter. Diese Rechte können aber nur gemäß den für die Vertretung der Gesellschaft geltenden Grundsätzen ausgeübt werden. Auch zur Geltendmachung der Rechte vor Gericht im allgemeinen, wie zur Vornahme einzelner Handlungen im Prozeß sind nur diejenigen Personen berufen, welche die Gesellschaft oder die Inhaber der Gesellschaft vertreten. Dies gilt insbesondere von der Eidesleistung. Ist auf Leistung eines Eides durch die Gesellschaft oder die Inhaber der Gesellschaftsfirma erkannt, so haben diejenigen Personen zu schwören, welche nach dem Gesetz die Gesellschaft nach außen vertreten, also während des Bestehens der Gesellschaft die firmirenden, d. h. die von der Vertretung nicht ausgeschlossenen Gesellschafter, und nur diese, während der Liquidation die Liquidatoren und nur diese. Ist die Gesellschaft aufgelöst und die Liquidation beendet, mithin über die Gesellschaftsforderungen disponirt, so hat dies für einen über eine Gesellschaftsforderung schwebenden Prozeß insofern keine Bedeutung, als der Prozeßgegner nach § 236 der R. C. P. O. die Uebertragung sämmtlicher oder der betreffenden einzelnen Forderung auf einen der Gesellschafter ignoriren darf und berechtigt ist, lediglich die ursprünglichen Subjekte der Gesellschaftsforderung, die Gesellschafter, als Prozeßpartei zu behandeln. Allein mit der Auflösung der Gesellschaft und Beendigung der Liquidation ist jede auf dem

Digitized by Google

Gesellschaftsverhältniß beruhende Vertretung begrifflich aufgehobe
früheren Gesellschafter stehen von da an, wenn nichts anderes ver
ist, als einfache Streitgenossen dem Prozeßgegner gegenüber.
es sich um einen ihnen aufzuerlegenden richterlichen Eid, so kon
Bestimmung des § 438 der R. C. P. O. zur Anwendung. F
Fall, daß vor Auflösung und Beendigung der Liquidation oder
diese Thatsachen bekannt geworden sind, den Inhabern der Gesell
firma ein Eid zuerkannt ist, liegt der Thatbestand der §§ 433
3, bezw. 439 Abs. 1 der R. C. P. O. vor: der als gesetzliche
treter der Gesellschaft berufene Schwurpflichtige „hat aufgehört,
licher Vertreter zu sein". Gleichgültig ist es hierbei, wenn die
Personen, welche nach Auflösung der Gesellschaft als Streitgenosse
zeßpartei sind, früher einmal die gesetzlichen Vertreter der Ges
waren; denn die Eigenschaft, in welcher sie zum Schwur berufen
ist weggefallen. Daß diese Unterscheidung nicht bloß eine theoreti
sondern auch praktisch bedeutend sein kann, erhellt, wenn man
daß während des Bestehens der Gesellschaft einzelne Gesellschaft
der Vertretung der Gesellschaft nach außen ausgeschlossen sein könn
daher nicht zur Eidesleistung für die Gesellschaft berufen sind, u
während der Liquidation dies ebenfalls bei einzelnen früheren Ges
tern, möglicher Weise bei allen der Fall sein kann, während n
definitiven Auflösung der Gesellschaft alle früheren Gesellschaf
Streitgenossen auftreten. Die Identität der Vertreter der Ges
und der später als Streitgenossen Auftretenden ist also eine Zufä
(R. G. 29. III. 84.) A. X. (66.) 267. 268.

§ 439.

§ 439.

Die Bestimmungen der §§ 422—433, 435 finden auf den richterlichen
sprechende Anwendung.

Ist der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflich
kräftig verurtheilt, so ist der Antrag des Gegners, den richterlichen Eid zurückz
gerechtfertigt, wenngleich der Gegner schon vor der Auferlegung des Eides v
Verurtheilung Kenntniß gehabt hat.

Der richterliche Eid wird durch bedingtes Urtheil auferlegt.

1. **Die Auflegung eines richterlichen Eides durch Zwischenurth
nach § 439 a. E. der C. P. O. nur durch Urtheil, nicht durch
beschluß, geschehen, aber ebendeßhalb entweder durch Endurtheil ode
Zwischenurtheil.** Ersteres im Fall des § 425, letzteres im F
§ 426, welche beide Paragraphen auch für den richterlichen Eid
(§ 439 Abs. 1). **Unstatthaftigkeit der Berufung gegen eine derart
scheidung.** Urtheil des Reichsgerichts v. 7. März 1882.
Bd. 37 bezw. 7 Nr. 267 S. 370.

2. **In einem Civilprozesse, in welchem eine offene Handelsge
in Liquidation, vertreten durch die Liquidatoren, als Prozeßpartei
darf einer der Gesellschafter, welcher nicht Liquidator ist, nicht al
vernommen werden.** (R. G. 15. XII. 86.) R. C. XVII. (91.)

3. Ueber den **richterlichen Eid bei Streitgenossen** s. § 434
G. 2. V. 83.) R. C. XII. (3.) 14. 15.

4. Der § 439 l. c. spricht dem Antrage auf Zurücknah
richterlichen Eides nur die Wirkung zu, daß die geschehene Eid
legung als nicht geschehen, als wirkungslos zu betrachten ist;

Digitized by Google

durch Raum zu einer neuen, freien und unbeschränkten Würdigung der weise und der Sachlage, und das aus solcher neuer selbständiger Prüng hervorgehende Resultat **hindert nicht, daß der wegen wissentlichen eineids verurtheilten Partei der Eid verbleibt.** Das Gegentheil würde gedachte Partei zum richterlichen Eid grundsätzlich unfähig machen, d dies würde sogar in Widerspruch mit § 161 des R. Str. G. B. hen. (cfr. Hahn, Materialien zur C. P. O. S. 669.) (R. G. 19. 85.) U. u. A. I. (228.) 377.

Elfter Titel.

Verfahren bei der Abnahme von Eiden.

§ 440. **§ 440.**

Der Eid muß von dem Schwurpflichtigen in Person geleistet werden.

1. Der elfte Titel (§§ 440—446) bezieht sich speziell auf das rfahren bei Abnahme von Eiden und zwar — wie seine Stellung die Motive (S. 287 u. 288) ergeben — von sämmtlichen, **sowohl den Parteien als von dritten Personen** (Zeugen und Sachständigen) **zu leistenden Eiden.** (R. G. 8. V. 80.) R. C. II. 00.) 373.

2. **Für die Vertretung bei Leistung eines durch Urtheil auferlegten es** (§ 13, 4 der Geb.-O.) **kommt die Beweisgebühr** (§ 13, 4) **nicht hmals zur Erhebung.** (R. G. 17. III. 85.). U. u. A. I. (293.) 473.

§ 441. **§ 441.**

Das Prozeßgericht kann anordnen, daß die Eidesleistung vor einem seiner Mitder oder vor einem anderen Gericht erfolge, wenn der Schwurpflichtige am Erscheivor dem Prozeßgerichte verhindert ist oder in großer Entfernung von dem Sitze selben sich aufhält.

Die Eidesleistung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen milien sowie der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern erfolgt in der hnung derselben vor einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder vor einem anderen ichte.

§§ 196, 444. E. G. z. G. V. G. § 5. E. G. z. C. P. O. § 5. P. O. § 70.

1. Ueber **„anderes Gericht"** s. § 327 ad R. C. II. (100.) 373.

2. **Das Verfahren bei Abnahme von Eiden und die dieserhalb in den 442—446 enthaltenen Vorschriften beziehen sich nur auf Eidesleistungen erhalb des deutschen Reiches.** (R. G. 8. V. 80.) S. hierüber bei 328 ad A. II. (41.) 207.

3. **Die Anordnung, daß die Eidesleistung nicht vor dem Prozeßgericht erfolgen habe, bedarf keiner vorgängigen Verhandlung.** Beschluß des ichsgerichts v. 12. Nov. 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 166 232. S. hierüber § 119.

4. **Die in § 441 Abs. 1 C. P. O. vorgesehene Anordnung kann ohne ausgegangene mündliche Verhandlung erfolgen.** Die Vorschrift des 19 C. P. O. trifft nicht zu, da eine „Verhandlung der Parteien er den Rechtsstreit" nicht in Frage steht, sondern es sich nur die Art und Weise handelt, in welcher der Eid abzunehmen ist. üglich derjenigen Fälle, in welchen die Anwendung des § 119 C. P. ausgeschlossen ist, wurde in der Civilprozeßordnung in der Regel

Digitized by Google

allerdings ausdrücklich gesagt, die Entscheidung könne ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Aber dies ist nur geschehen, „um die richtige Anwendung des Gesetzes zu sichern" (vgl. Motive zum Entwurfe der Civilprozeßordnung, Allgemeine Begründung § 4). Es ist deßhalb nicht der Schluß gerechtfertigt, daß in allen Fällen, in denen eine solche Vorschrift nicht besteht, eine mündliche Verhandlung der Entscheidung vorausgehen müsse. Vielmehr ist in derartigen Fällen zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 119 C. P. O. vorliegen. (R. G. 11. VI. 86.) R. C. XVI. (101.) 412. S. noch bei § 119.

5. **Die Bestimmung des Ortes der Eidesleistung gehört nicht in das Urtheil.** In dem bedingten Urtheile sind nur die Eidesnorm und die Folgen sowohl der Leistung als der Verweigerung des Eides festzustellen (§ 427 der R. C. P. O.), und erst wenn nach Rechtskraft dieses Urtheils die Eidesleistung zu erfolgen hat (§ 425 der R. C. P. O.), ist eine in Gemäßheit des § 441 der R. C. P. O. beantragte Anordnung zu erlassen. Dies folgt nicht nur aus den angeführten Gesetzen, sondern auch aus der Natur der Sache, weil für den Ort, an dem der Eid zu leisten, nicht die Verhältnisse zur Zeit der Erlassung des Urtheils, sondern vielmehr die vielleicht wesentlich verschiedenen zur Zeit der Eidesleistung maßgebend sein müssen. (R. G. 23. X. 83.) A. VIII. (135.) 506. 507.

6. **Ein Beschluß, durch welchen angeordnet wird, daß der Schwurpflichtige, obwohl er sich in großer Entfernung vom Sitze des Prozeßgerichtes aufhält, den Eid vor dem Prozeßgerichte zu leisten hat, ist nicht anfechtbar.** Die Abnahme eines durch Urtheil oder Beweisbeschluß angeordneten Eides gehört zur Beweisaufnahme, beurtheilt sich mithin nach den Vorschriften des § 320 C. P. O., wie auch die Motive S. 243 ausdrücklich hervorheben. (R. G. 12. II. 84.) S. hierüber bei § 320 ad R. C. XI. (97.) 377—381. A. IX. (109.) 442—446.

7. **Eine im Auslande erfolgte Beweisaufnahme ist auch dann als rechtswirksam anzuerkennen, wenn sie zwar nach den für das Prozeßgericht geltenden Vorschriften mangelhaft ist, aber den betreffenden ausländischen Gesetzen entspricht, und dies bezieht sich auch auf die Abnahme von Eiden.** (R. G. 8. V. 80.) S. hierüber bei § 334 ad R. C. II. (100.) 373. 374.

8. **Die Vertretung bei der Leistung eines durch bedingtes Endurtheil auferlegten Eides rechtfertigt keine besondere Gebühr.** (§§ 13 Nr. 4; 25; 29.) (R. G. 6. IV. 83.) S. hierüber bei § 335 ad R. C. IX. (96.) 331—333. A. VII. (181.) 585. 586.

§ 442.

§ 442.

Vor der Leistung des Eides hat der Richter den Schwurpflichtigen in angemessener Weise auf die Bedeutung des Eides hinzuweisen.

St. P. O. § 59.

§ 443.

§ 443.

Der Eid beginnt mit den Worten:

„Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden"

und schließt mit den Worten:

„So wahr mir Gott helfe."

St. P. O. § 62.

Das Gesetz macht keinen Unterschied in Bezug auf die Formulirung des Eides nach den religiösen Anschauungen und Glaubensansichten der Staatsangehörigen, sondern schreibt für Jeden, welcher einen Eid zu leisten

Digitized by Google

bestimmte Formel vor, ohne deren Anwendung man überhaupt
Leistung des gesetzlich vorgeschriebenen Eides würde reden können.
griff des Eides gehört eben die gesetzliche Form. Wollte man
derung der Eidesformel nach der jedesmaligen religiösen Ueber-
des Schwörenden zulassen, so würde die gesetzliche Vorschrift als
lusorisch, ja überflüssig erscheinen, da man konsequenter Weise
nem Jeden in das eigene Belieben zu stellen hätte, mit welchen
s- und Schlußworten er den Eid ableisten möchte. **Wenn einmal
mmte Formulirung vorgeschrieben ist, so kann die Weigerung der
ung auch nicht damit begründet werden, daß man aus der christ-
rche aus- und zur freireligiösen Gemeinde übergetreten sei und
igiösen Ueberzeugungen sich vollständig im Widerspruch befänden
christlich-religiösen Weltanschauung und Gottesvorstellung.** Denn
, wenn das Gesetz den Gebrauch gewisser Betheuerungsformeln
e des sonst vorgeschriebenen Eides für Mitglieder besonderer
sgesellschaften gestattet, würde nach § 446 der C. P. O. eine
g unter der nachgelassenen Betheurungsformel der fraglichen
sgesellschaft als der Eidesleistung gleichstehend angenommen werden
Allein ein solches (Landes-) Gesetz, welches den Gebrauch einer
Betheurungsformel an Stelle des Eides den Mitgliedern der
ösen Gemeinden zuläßt, besteht nicht. Entsch. des O. L. G. zu
. 19. Mai 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 259 S. 356. 357.

§ 444. **§ 444.**

Eid wird mittels Nachsprechens oder Ablesens der die Eidesnorm enthalten-
formel geleistet. Der Schwörende soll bei der Eidesleistung die rechte Hand

die Eidesnorm von großem Umfange, so genügt die Vorlesung der Eides-
die Verweisung auf die letztere in der Eidesformel.
Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie die
der Fürstlichen Familie Hohenzollern leisten den Eid mittels Unterschreibens
desnorm enthaltenden Eidesformel.
47. St. P. O. § 63. G. V. G. § 188.

§ 445. **§ 445.**

mme, welche schreiben können, leisten den Eid mittels Abschreibens und Unter-
der die Eidesnorm enthaltenden Eidesformel.
mme, welche nicht schreiben können, leisten den Eid mit Hilfe eines Dol-
durch Zeichen.

§ 446. **§ 446.**

Eidesleistung wird gleichgeachtet, wenn ein Mitglied einer Religionsgesell-
cher das Gesetz den Gebrauch gewisser Betheuerungsformeln an Stelle des
ttet, eine Erklärung unter der Betheuerungsformel dieser Religionsgesellschaft

P. O. § 64.

Zwölfter Titel.

Sicherung des Beweises.

§ 447. **§ 447.**

Einnahme des Augenscheins und die Vernehmung von Zeugen und Sach-
en kann zur Sicherung des Beweises erfolgen, wenn zu besorgen ist, daß das
tel verloren oder die Benutzung desselben erschwert werde.
50. E. G. § 13 Abs. 4. Ger. K. G. § 36. R. A. G. O.
29 Nr. 3, 30 Nr. 1.

Digitized by Google

1. Die Civilprozeßordnung hat es absichtlich unterlassen, Tit. 12 Bestimmungen über die **Kostenerstattungspflicht bei A Sicherung des Beweises** aufzunehmen. Entweder muß darüb nächstigen Verfahren über die Hauptsache erkannt werden, ob der Antragsteller seinen Anspruch auf Kostenerstattung in einem Verfahren verfolgen. Die Kostenfestsetzung zu Lasten des Ge aber immer nur auf Grund eines zur Zwangsvoll geeigneten Titels erwirkt werden. (§ 98 C. P. O.) — (R. G. R. C. XIII. (79.) 325.

2. **Um zum Ersatz seiner vorgelegten Beweissicherungskosten stehen der Partei, welche sie vorgelegt hat, je nach Umständen offen:** entweder kann ihre Festsetzung mit den Kosten des Ha erfolgen und dies ist dann der Fall, wenn jene Kosten als z zeßkosten gehörig zu erachten sind, zu deren Ersatz der Gegner ist; oder ihr Ersatz muß mit einer besonderen Klage gefor ehe ihre Festsetzung erfolgen kann. Urtheil des O. L. G. stadt v. 5. Jan. 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 262

§ 448.

§ 448.

Das Gesuch ist bei dem Gericht anzubringen, vor welchem der R hängig ist; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werde

In Fällen dringender Gefahr kann das Gesuch auch bei dem Amt bracht werden, in dessen Bezirke die zu vernehmenden Personen sich aufh in Augenschein zu nehmende Gegenstand sich befindet.

Bei dem bezeichneten Amtsgerichte muß das Gesuch angebracht der Rechtsstreit noch nicht anhängig ist.

Das Verfahren über Anträge auf Sicherung des Beweis § 39 des Gerichtskostengesetzes für die Berechnung und Erhe § 36 bezeichneten Gebühren als besonderer Rechtsst Antragsteller in der Instanz hat sonach im Sinne schrift nach § 81 a. a. O. Gebührenvorschuß zu leisten, un diesen nach § 90 ohne Rücksicht auf spätere Ereignisse der fortdauernd verhaftet. Dazu tritt die Verpflichtung aus den des Gerichtskostengesetzes. Daß nach § 29 Ziff. 3 der Gebü für Rechtsanwälte derartige Anträge, falls die Hauptsache bere ist, zur Instanz der letzteren gehören, kann bei dem klare des § 39 des Gerichtskostengesetzes, das den Begriff der In hier fraglichen Beziehung anders regelt, nicht in Betracht ko G. 9. III. 86.) R. C. XV. (116.) 417.

§ 449.

§ 449.

Das Gesuch muß enthalten:

1. die Bezeichnung des Gegners;
2. die Bezeichnung der Thatsachen, über welche die Beweisaufnahm
3. die Bezeichnung der Beweismittel unter Benennung der zu Zeugen und Sachverständigen;
4. die Darlegung des Grundes, welcher die Besorgniß rechtfer Beweismittel verloren oder die Benutzung desselben erschwert Grund ist glaubhaft zu machen.

§ 455.

§ 450.

§ 450.

Mit Zustimmung des Gegners kann die beantragte Beweisaufnah werden, auch wenn die Voraussetzungen des § 447 nicht vorliegen.

Digitized by Google

§ 451. **§ 451.**

Die Entscheidung über das Gesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

In dem Beschlusse, durch welchen dem Gesuche stattgegeben wird, sind die Thatsachen, über welche der Beweis zu erheben ist, und die Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen zu bezeichnen. Eine Anfechtung dieses Beschlusses findet nicht statt.

Die Gebühr für Anträge auf Führung des Beweises. (R. G. 28. I. 85.) U. u. A. I. (235.) 385.

§ 452. **§ 452.**

Der Beweisführer ist verpflichtet, sofern es nach den Umständen des Falles geschehen kann, unter Zustellung des Beschlusses und einer Abschrift des Gesuchs zu dem für die Beweisaufnahme bestimmten Termine den Gegner so zeitig zu laden, daß derselbe in diesem Termine seine Rechte wahrzunehmen vermag.

Die Nichtbefolgung dieser Vorschrift steht der Beweisaufnahme nicht entgegen.

§ 454. H. G. Art. 348, 407 Abs. 5.

§ 453. **§ 453.**

Die Beweisaufnahme erfolgt nach den für die Aufnahme des betreffenden Beweismittels überhaupt geltenden Vorschriften.

Das Protokoll über die Beweisaufnahme ist bei dem Gerichte, welches dieselbe angeordnet hat, aufzubewahren.

§ 454. **§ 454.**

Jede Partei hat das Recht, die Beweisverhandlungen in dem Prozesse zu benutzen.

War der Gegner in dem Termine nicht erschienen, in welchem die Beweisaufnahme erfolgte, so ist der Beweisführer zur Benutzung der Beweisverhandlungen nur dann berechtigt, wenn der Gegner zu dem Termine rechtzeitig geladen war oder wenn der Beweisführer glaubhaft macht, daß ohne sein Verschulden die Ladung unterblieben oder nicht rechtzeitig erfolgt sei.

Ger. K. G. §§ 36, 39, 46.

Die Benutzbarkeit der Beweisverhandlungen ist nicht unbedingt von der Bekanntmachung des Beweistermines an die Parteien abhängig. (R. G. 8. II. 82.) S. hierüber bei § 332 Abs. 1 ad R. C. VI. (105.) 352. 353.

§ 455. **§ 455.**

Wird von dem Beweisführer ein Gegner nicht bezeichnet, so ist das Gesuch nur dann zulässig, wenn der Beweisführer glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden außer Stande sei, den Gegner zu bezeichnen.

Wird dem Gesuche stattgegeben, so kann das Gericht dem unbekannten Gegner zur Wahrnehmung seiner Rechte bei der Beweisaufnahme einen Vertreter bestellen.

Ger. K. G. § 47 Nr. 9. R. A. G. O. § 23 Nr. 1.

Zweiter Abschnitt.

Verfahren vor den Amtsgerichten (§§ 456—471).

§. 456. **§ 456.**

Auf das Verfahren vor den Amtsgerichten finden die Vorschriften über das Verfahren vor den Landgerichten Anwendung, soweit nicht aus den allgemeinen Bestimmungen des ersten Buches, aus den nachfolgenden besonderen Bestimmungen und aus der Verfassung der Amtsgerichte sich Abweichungen ergeben.

Abweichungen: §§ 75, 79, 84, 86, 107 Nr. 3, 120, 152, 154, 156, 192, 194, 221. — §§ 457—471. — §§ 45, 130 Abs. 3, 131, 149, 469.

Digitized by Google

Der einzelne Amtsrichter handelt innerhalb der Zuständigkeit des [illegible] **gerichtes stets gültig, ohne Rücksicht auf die vorgeschriebene Geschäf** [illegible] **theilung.** (R. G. 20. III. 80.) R. C. I. (86.) 235.

§ 457.

§ 457.

Die Klage kann bei dem Gerichte schriftlich eingereicht oder zum Protoko[illegible] Gerichtsschreibers angebracht werden.

§ 458.

§ 458.

Nach erfolgter Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung h[illegible] Gerichtsschreiber für die Zustellung der Klage Sorge zu tragen, sofern nicht der [illegible] erklärt hat, dieses selbst thun zu wollen.

§§ 193, 233, 152 Abs. 2.

Der Gerichtsschreiber ist in den Fällen der §§ 458. 152 f. C. P. nicht als Beauftragter der Partei anzusehen. (R. G. 21. VI. 86.) C. XVII. (99.) 391. 392. S. hierüber bei § 153.

§ 459.

§ 459.

Die Einlassungsfrist beträgt mindestens drei Tage, wenn die Zustellung i[illegible] zirke des Prozeßgerichts; mindestens eine Woche, wenn sie außerhalb desselben, [illegible] im Deutschen Reich erfolgt; in Meß- und Marktsachen mindestens vierundzw[illegible] Stunden.

§§ 234, 567.

Ist die Zustellung im Auslande vorzunehmen, so hat das Gericht bei Festst[illegible] des Termins die Einlassungsfrist zu bestimmen.

§§ 182, 234 Abs. 2.

§ 460.

§ 460.

Die Klage wird durch Zustellung der Klageschrift oder des die Klage enthal[illegible] Protokolls erhoben.

§ 461.

§ 461.

An ordentlichen Gerichtstagen können die Parteien zur Verhandlung des S[illegible] streits ohne Ladung und Terminsbestimmung vor Gericht erscheinen.

Die Erhebung der Klage erfolgt in diesem Falle durch den mündlichen V[illegible] derselben.

§ 462.

§ 462.

Die Vorschriften der § 457, 458 finden entsprechende Anwendung, wen[illegible] Partei im Laufe des Rechtsstreits zu laden ist, insbesondere zur Verhandlung [illegible] einen Zwischenstreit, über den Antrag auf Berichtigung oder Ergänzung eines Ur[illegible] über den Einspruch, über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stan[illegible] über die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens, oder wen[illegible] Intervention oder Streitverkündung erfolgen soll.

§§ 272—275; 290—292, 303, 211—216, 217—229, 69.

§ 463.

§ 463.

Auch wenn eine Partei nicht zu laden ist, können ihr Anträge und Erklär[illegible] auf welche sie ohne vorgängige Mittheilung voraussichtlich eine Erklärung in [illegible] mündlichen Verhandlung nicht abzugeben vermag, durch Zustellung eines Pro[illegible] des Gerichtsschreibers mitgetheilt werden.

Diese Mittheilung kann auch unmittelbar und ohne besondere Form gesch[illegible]

§ 464.

§ 464.

Bei der mündlichen Verhandlung hat das Gericht dahin zu wirken, daß di[illegible] teien über alle erheblichen Thatsachen sich vollständig erklären und die sachdie[illegible] Anträge stellen.

Prozeßhindernde Einreden. Zuständigkeit bei[illegible]

§ 465.

§ 465.

Die Vorschrift, daß prozeßhindernde Einreden gleichzeitig und vor der Be[illegible] lung zur Hauptsache vorzubringen sind, findet nur insoweit Anwendung, als di[illegible]

Digitized by Google

Unzuständigkeit des Gerichts vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu
ist.
ist das Amtsgericht sachlich unzuständig, so hat es vor der Verhandlung des
n zur Hauptsache denselben auf die Unzuständigkeit aufmerksam zu machen.
f Grund prozeßhindernder Einreden darf die Verhandlung zur Hauptsache nicht
ert werden; das Gericht kann jedoch die abgesonderte Verhandlung über diese
n auch von Amtswegen anordnen.
§ 247, 248.

§ 466. § 466.

Wird die Unzuständigkeit des Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die
Zuständigkeit der Gerichte ausgesprochen, so ist zugleich auf Antrag des Klä-
Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen.
ist das Urtheil rechtskräftig, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Landgerichte
g.
. V. G. § 102.

§ 467. § 467.

Wird in einem bei dem Amtsgericht anhängigen Prozesse durch Widerklage oder
rweiterung des Klagantrags (§ 240 Nr. 2, 3) ein Anspruch erhoben, welcher
ständigkeit der Landgerichte gehört, oder wird in Gemäßheit des § 253 die Fest-
eines Rechtsverhältnisses beantragt, für welches die Landgerichte zuständig sind,
das Amtsgericht, sofern eine Partei vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache
anträgt, seine Unzuständigkeit auszusprechen und den Rechtsstreit an das Land-
zu verweisen.
ist das Urtheil rechtskräftig, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Landgericht an-
Die im Verfahren vor dem Amtsgericht erwachsenen Kosten werden als Theil
dem Landgericht erwachsenen Kosten behandelt.
. V. G. § 102, 103, 104.
S. hierüber bei § 5 ad R. C. VII. (93.) 313. 314.
**Streitgegenstand, falls auf die Unzuständigkeitseinrede des Beklagten
ndgericht sich wegen eines nur vor das Amtsgericht gehörigen Pro-
ts für unzuständig erklärt.** Die Kosten und Rechtsanwaltsgebühren
alls die prozeßhindernde Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes
ist, und auf Grund derselben die Unzuständigkeit durch Urtheil
prochen wird, unter Zugrundelegung des Werthes des Gegenstandes
echnen, welcher in dem Prozesse überhaupt streitig war, während
ücksicht auf die anzunehmende geringere Aufwendung an Arbeit,
durch die Beschränkung des Prozeßstoffes auf die Grundlagen der
szuständigkeit eintritt, in dem gesetzlich bestimmten Maße weniger
sten und Rechtsanwaltsgebühren berechnet wird, als bei der Ver-
ng und Entscheidung über das Streitverhältniß in dessen vollem
ge. (R. G. 21. IX. 85.) U. u. A. III. (203.) 440. 441.

Erklärung auf Urkunden.

§ 468. § 468.

egen unterbliebener Erklärung ist eine Urkunde nur dann als anerkannt anzu-
enn die Partei durch das Gericht zur Erklärung über die Echtheit der Urkunde
dert ist.
404.

§ 469. § 469.

ie Vorschriften der §§ 269, 313—319 finden auf das Verfahren vor den Amts-
keine Anwendung.

Digitized by Google

Sitzungsprotokoll.

§ 470.

§ 470.

Anträge und Erklärungen einer Partei sind durch das Sitzungsproto
festzustellen, als das Gericht bei dem Schlusse derjenigen mündlichen Verha
welche das Urtheil oder ein Beweisbeschluß ergeht, die Feststellung für an
achtet.

Geständnisse, sowie die Erklärungen über Annahme oder Zurückschi
schobener Eide sind auf Antrag durch das Protokoll festzustellen.

§§ 146 Nr. 2, 270.

Sühneversuch.

§ 471.

§ 471.

Wer eine Klage zu erheben beabsichtigt, kann unter Angabe des
seines Anspruchs zum Zwecke eines Sühneversuches den Gegner vor das
laden, vor welchem dieser seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Erscheinen beide Parteien, und wird ein Vergleich geschlossen, so ist
Protokoll festzustellen. Kommt ein Vergleich nicht zu Stande, so wird
beider Parteien der Rechtsstreit sofort verhandelt; die Erhebung der Klag
diesem Falle durch den mündlichen Vortrag derselben.

Ist der Gegner nicht erschienen, oder der Sühneversuch erfolglos g
werden die erwachsenen Kosten als Theil der Kosten des Rechtsstreits beha

§§ 268, 702 Nr. 2. Ger. K. G. § 41. R. A. G. O. §

1. **Beurtheilung eines gerichtlichen Vergleichs in Rücksicht**
stand und mitwirkende Personen. (B. O. L. 1. IV. 84.) S
S. X. (136.) 367 ff.

2. **Die obsiegende Partei kann Erstattung ihrer Reisekost**
von ihr beantragten Sühnetermin verlangen. Beschluß des O.
Kiel v. 6. Nov. 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (226.) 356

Drittes Buch.

Rechtsmittel.

Erster Abschnitt.

Berufung.

1. Zulässigkeit.

§ 472.

§ 472.

Die Berufung findet gegen die in erster Instanz erlassenen Endurth

Fälle der Berufung gegen ein Zwischenurtheil: §§ 248
276 Abs. 2, 562 Abs. 3.

1. **Zulässigkeit der Berufung.** Das Charakteristische bei d
mittel der Berufung besteht nach der Civilprozeßordnung in
Parteien zustehenden Rechte auf ein novum judicium vor de
Richter und auf eine vollständige abermalige Erörterung und
des Rechtsstreites in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung,
Parteien auch Angriffs- und Vertheidigungsmittel, welche in erst
nicht geltend gemacht sind, insbesondere neue Thatsachen und Be

Digitized by Google

vorbringen können, und Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte sind, über welche in Gemäßheit der (Berufungs-) Anträge eine Verhandlung und Entscheidung erforderlich ist, selbst wenn darüber in erster Instanz nicht verhandelt und entschieden war (vgl. §§ 487. 491. 493. 499 C. P. O.). Kann man aber auch insoweit die Berufung als eine Fortsetzung des Verfahrens erster Instanz unter Ergänzungs- und Abänderungsmöglichkeit des erstinstanzlichen Prozeßstoffes bezeichnen, so fehlt doch andererseits der Berufungsklage und dem auf dieselbe zu erlassenden Urtheile eine völlige Selbständigkeit, da die Berufungsklage immer nur auf die Anfechtung des ersten Urtheiles innerhalb der durch die erstinstanzlichen Klaganträge gezogenen Grenzen gerichtet sein kann und eine Klagänderung nach § 489 C. P. O. auch mit Einwilligung des Gegners unstatthaft ist, die Natur des Rechtsmittels es also mit sich bringt, daß das angefochtene Urtheil immer die Grundlage der Verhandlung und Entscheidung in der Berufungsinstanz bildet (vgl. auch die Motive S. 305, 306). Infolge des den Parteien gestatteten Novenrechtes ist nun zwar die Verhandlung und Entscheidung in der Berufungsinstanz begrifflich nicht auf eine Prüfung der Richtigkeit des angefochtenen Urtheiles nach Maßgabe des dem ersten Richter vorliegenden Prozeßstoffes beschränkt, sondern es sind die Parteien vielmehr berechtigt, auf Grund erst in der Berufungsinstanz geltend gemachter Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, insbesondere auch neu vorgebrachter Thatsachen und Beweise die Abänderung eines erstinstanzlichen Urtheiles zu ihren Gunsten zu verlangen, obwohl dieses Urtheil nach der damaligen Sachlage durchaus gerechtfertigt war. Die Erhebung neuer Ansprüche (im Gegensatze zu neuem Vorbringen) ist aber für die Berufungsinstanz nach § 491 Abs. 2 C. P. O. grundsätzlich ausgeschlossen, weil — wie es in den Motiven heißt — der Gegenstand der Berufung durch die erste Instanz fixirt ist und das Rechtsmittel sich gegen die in erster Instanz erlassene Entscheidung richtet. Nun bilden zwar die Fälle des § 240 Ziff. 2. 3 C. P. O. hiervon eine Ausnahme. Ohne Aenderung des Klagegrundes auf Erweiterung des erhobenen Anspruches in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen gerichtete Anträge sind daher auch in der Berufungsinstanz an sich noch zulässig, was sich überdies auch schon aus § 240 verglichen mit § 485 C. P. O., sowie aus den Motiven S. 306 ergibt (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 4 S. 251). Allein diese Zulässigkeit der Erweiterung der Berufungsanträge über die in erster Instanz vom Berufungskläger gestellten Anträge hinaus hat zur nothwendigen Voraussetzung, daß das Urtheil erster Instanz dem Berufungskläger mindestens formell Grund zu einer Beschwerde bietet, indem es über irgend einen von ihm geltend gemachten Haupt- oder Nebenanspruch zu seinem Nachtheile entscheidet. Wie dies nach dem früheren gemeinrechtlichen Prozesse die Voraussetzung jeder Appellation bildete, so liegt auch kein Grund zu der Annahme vor, daß der jetzigen deutschen Civilprozeßordnung eine abweichende Auffassung zum Grunde liege. Vielmehr ist aus verschiedenen Bestimmungen derselben das Gegentheil zu folgern. So ist nach § 279 C. P. O. das Gericht überall, insbesondere auch bezüglich der Früchte, Zinsen und anderer Nebenforderungen (abgesehen

Digitized by Google

von den Prozeßkosten) nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was sie nicht beantragt hat, und wenn wegen einer Nebenforderung kein Antrag gestellt ist, so gilt dieselbe (vgl. § 14 sub 5 des Einführungsgesetzes und § 293 C. P. O.) weder als stillschweigend aberkannt, noch ist dieserhalb ein Ergänzungsurtheil zulässig, da ein solches nach § 292 C. P. O. voraussetzt, daß ein nach dem Thatbestande von einer Partei geltend gemachter Anspruch bei der Endentscheidung übergangen ist. Um so weniger wird deßhalb angenommen werden können, daß der Gesetzgeber, wenn das ergangene Urtheil erster Instanz nicht schon aus anderen Gründen für die betreffende Partei beschwerend ist, zur Geltendmachung von Ansprüchen, die in erster Instanz gar nicht erhoben sind und nicht den Gegenstand des Rechtsstreites und der Entscheidung gebildet haben, sogar das Rechtsmittel der Berufung habe gewähren und ihr so die Umgehung der erstinstanzlichen Entscheidung zum Nachtheile des Gegners habe gestatten wollen. Daß aber die Berufung einen dem Berufungskläger durch das erstinstanzliche Urtheil gegebenen Beschwerdegrund voraussetzt, dessen Abhilfe er durch Einlegung des Rechtsmittels herbeizuführen bezweckt, läßt sich auch aus verschiedenen, sich auf die Berufung selbst beziehenden Bestimmungen der Civilprozeßordnung entnehmen. Denn schon der **§ 472**, nach welchem die Berufung gegen die in erster Instanz erlassenen Endurtheile stattfindet, **deutet an, daß eine in erster Instanz vorausgegangene nachtheilige Entscheidung vorausgesetzt wird. Von solcher kann aber nicht die Rede sein, wenn in erster Instanz überall den Anträgen des Berufungsklägers gemäß erkannt ist und die Berufung nur zur Herbeiführung der Entscheidung des zweiten Richters über einen Antrag dienen soll, welcher der Entscheidung des ersten Richters gar nicht unterstellt war.** Dasselbe gilt von den Bestimmungen des § 480 Abs. 2 und der §§ 488. 498. 499 C. P. O., nach welchen die Berufungsschrift die Erklärung, inwieweit das Urtheil angefochten werde, und welche Abänderungen desselben beantragt werden, enthalten soll, bezw. das durch die Berufung angefochtene Urtheil bei der mündlichen Verhandlung insoweit vorzutragen ist, als dies zur Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung erforderlich ist, das Urtheil erster Instanz nur insoweit abgeändert werden darf, als dies beantragt ist, und nur alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte (selbst wenn über diese Streitpunkte in erster Instanz noch nicht verhandelt und entschieden war) den Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsrichters bilden sollen. Auch hier wird immer vorausgesetzt, daß das Urtheil erster Instanz den Beschwerdegrund schon in sich selbst trägt, und daß also dagegen durch die Berufung Abhilfe gewährt werden soll. Ein solcher Beschwerdegrund kann aber nach § 279 C. P. O. unmöglich schon dadurch gegeben sein, daß ein nicht geltend gemachter Anspruch dem Berufungskläger nicht zuerkannt ist. Die nachträgliche Zuerkennung desselben in der Berufungsinstanz würde auch keine Abänderung des erstinstanzlichen Urtheiles sein, sondern vielmehr nur eine Ergänzung desselben bilden, zu deren Beantragung es aber nach § 292 C. P. O. ebenfalls an der gesetzlichen Voraussetzung fehlt. **Hiernach erscheint es unzulässig, daß der Kläger, dessen in erster Instanz gestellten Anträgen gemäß erkannt ist, die Berufung erhebt, um seine Anträge in zweiter Instanz zu**

Digitized by Google

erweitern und eine umfassendere Verurtheilung des Beklagten herbeizuführen. Wenngleich nach § 491 Abs. 2 in Verbindung mit § 240 Ziff. 3 C. P. O. die Erhebung solcher neuer Ansprüche auch noch in der Berufungsinstanz (insoweit dies ohne Aenderung des Klagegrundes geschieht) an sich nicht unzulässig ist, so läßt sich dies doch im Beihalte der angeführten anderweitigen Bestimmungen des Gesetzes und in Berücksichtigung des Umstandes, daß auch nach der Civilprozeßordnung die Berufung den Charakter eines Rechtsmittels im Sinne der Anfechtung einer noch nicht rechtskräftigen Entscheidung des ersten Richters durch die beantragte Entscheidung vonseiten eines höheren Richters an sich trägt, die Berufungsinstanz mithin nicht lediglich eine Fortsetzung der ersten Instanz bildet, nur unter der Beschränkung verstehen, daß sich schon aus einer Vergleichung der Formel des erstinstanzlichen Urtheiles mit den in erster Instanz vom Berufungskläger gestellten Anträgen ein Anlaß zur Einlegung der Berufung ergibt. Mit Recht wird deßhalb in Gruchot's Beiträgen Bd. 26 S. 144 gegen die entgegenstehende Ausführung von Kries bemerkt, daß einer der Gründe, aus welchen Kries die Revision gegen ein pro petitis lautendes Urtheil für unzulässig erachtet, auch der Berufung gegen ein solches Urtheil entgegensteht. Denn daß der vorige Richter ultra petita nicht erkennen durfte, die betreffende Partei also dadurch, daß nur nach ihren Anträgen erkannt ist, nicht benachtheiligt sein kann, trifft auch bei der Berufung zu. Das einseitige Interesse der betreffenden Partei vermag es aber selbstverständlich nicht zu rechtfertigen, ein an sich unstatthaftes Rechtsmittel erst durch Hereinziehung eines neuen Objektes des Rechtsstreites als statthaft erscheinen zu lassen. (R. G. 30. IV. 84.) R. C. XIII. (105.) 392—395.

2. **Gegen ein Erkenntniß auf Eid, in welchem nur für die eine Eventualität der Leistung oder Nichtleistung des Eides endgiltig erkannt ist, findet Berufung statt.** (Vergleiche dagegen R. G. 10. V. 82. in Bd. VI S. 427 ff. der „Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen".) Ein solches Verfahren erscheint allerdings nicht als ein prozeßordnungsgemäßes allein, die Anfechtbarkeit einer solchen Entscheidung mit dem Rechtsmittel der Berufung muß als gegeben anerkannt werden gemäß § 472 der Prozeßordnung, wonach dieses Rechtsmittel gegen in erster Instanz erlassene Endurtheile allgemein, ohne Unterscheidung zwischen bedingten und unbedingten Endurtheilen, zugelassen ist. Wenn auch ein solches Urtheil zugleich, als bedingtes Zwischenurtheil sich darstellt, als für den Fall der Nichtleistung des Eides weitere Verhandlung in Aussicht gestellt ist, so kann dies an der durch den Ausspruch für den Fall der Eidesleistung begründeten Berufungsfähigkeit des Urtheils hinsichtlich dieses Ausspruches nichts ändern. Es ergibt sich dies schon aus der Betrachtung der Folgen, welche die Unterlassung der Berufung haben muß. Das Prozeßgericht müßte in diesem Falle in Konsequenz seines Urtheils, das es wegen unterbliebener Anfechtung mit Berufung als in Rechtskraft übergegangen zu betrachten hat, zur Abnahme des auferlegten Eides schreiten und müßte dann, wenn der Eid geleistet wird, gemäß § 427 Abs. 2 der Prozeßordnung die für diesen Fall festgesetzte Folge aussprechen. (B. O. L. 21. IX. 82.) S. IX. (224.) 666—668.

3. **Zwischenurtheile können nur durch Berufung gegen das Endurtheil**

Digitized by Google

mit angefochten werden. Es ließe sich zwar geltend machen, daß, wenn es auch einer förmlichen Anfechtung der dem Endurtheil vorausgegangenen Entscheidungen nicht bedürfe, vielmehr die Anfechtung des Endurtheils genüge, darum nicht ausgeschlossen sei, die Berufung auch gegen die Vorentscheidung zu richten; **in keinem Falle kann aber die Berufung gegen das Zwischenurtheil vor der Berufung gegen das Endurtheil und sogar vor der Zustellung des Endurtheils** (§ 477 der R. C. P. O.) **eingelegt werden.** (R. G. 11. VII. 81.) A. IV. (69.) 252. 253.

4. **Die Bestimmung des § 472** der Reichs-Civilprozeßordnung, wonach die Berufung allgemein, und ohne daß der Gesetzgeber eine Ausnahme gemacht hat, gegen die in erster Instanz erlassenen Endurtheile, also auch gegen die durch Eidesleistung bedingten Endurtheile — § 425 a. a. O. — stattfindet, erscheint **durch den § 431 nicht beeinträchtigt,** da hiernach unerhebliche Umstände, welche in die Eidesform aufgenommen sind, zwar berichtigt werden können, das Recht des Eidespflichtigen, die von ihm angestrebten Aenderungen der Eidesnorm im Wege der Berufung zu verfolgen, jedoch damit nicht ausgeschlossen ist. (B. O. L. 23. V. 83.) S. X. (40.) 106.

5. **Das Gesetz enthält keine Definition eines Endurtheiles. Den §§ 472. 507 C. P. O. liegt jedoch kein Gedanke zum Grunde, daß der Rechtsstreit der Regel nach nicht eher zu Kognition des höheren Richters (dann aber nach § 499 a. a. O. im vollsten Umfange) gelangen soll, als bis die Vorinstanz den Rechtsstreit dergestalt vollständig erledigt hat, daß für sie kein weiterer Gegenstand zur Aburtheilung übrig geblieben ist. Der Regel nach soll also die Vorinstanz über den Klag- oder Widerklag-Anspruch definitiv materiell, kondemnatorisch oder absolutorisch, entscheiden, ehe ein Rechtsmittel eingelegt werden kann.** Eine Ausnahme ist nur aus Rücksicht auf die Natur des Eides gemacht; auf dessen Ableistung soll, soweit nicht die Fälle des § 426 C. P. O. vorliegen, durch Urtheil erkannt werden, und dieses Urtheil charakterisirt die Civilprozeßordnung als ein der Rechtskraft fähiges bedingtes Endurtheil, gegen welches also auch die Rechtsmittel der Berufung und Revision zulässig sind. In den Motiven zum Entwurfe 3 der Civilprozeßordnung ist zu §§ 262—265. 279 (S. 217) bemerkt: „Unter Endurtheilen sind diejenigen Urtheile zu verstehen, welche die Hauptsache und somit den Rechtsstreit selbst ganz oder theilweise in unbedingter oder — durch Eid — bedingter Weise endlich entscheiden;" und weiter zu §§ 452—454 (S. 297. 298): „Die Anfechtung (durch Rechtsmittel) soll nur gegen Endurtheile, d. h. diejenigen Urtheile, durch welche ganz oder theilweise über den Klagantrag als solchen entschieden und somit der Rechtsstreit selbst erledigt wird (§§ 272—274), zu richten sein. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Rechtsmittel stehen dem Endurtheile gleich die bedingten Endurtheile (§ 407 Abs. 1, § 421 Abs. 3), durch welche auf einen zugeschobenen oder richterlichen Eid erkannt wird, sowie dasjenige Endurtheil, welches den Eintritt der in einem bedingten Endurtheile ausgedrückten Folgen ausspricht (§ 409 Abs. 2)". Zu den Endurtheilen werden auch diejenigen Urtheile gezählt, welche zwar über den streitigen Anspruch nicht materiell endlich entscheiden, durch welche aber — das ist das Wesentliche — der Rechtsstreit für die betreffende Instanz erledigt wird. Dahin gehören namentlich diejenigen Entschei-

Digitized by Google

dungen, welche prozeßhindernde Einreden (§ 247 C. P. O.) für begründet erklären und damit den Prozeß beendigen. Dahin gehören auch Entscheidungen, durch welche das Berufungsgericht — sei es mit Recht oder Unrecht — die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurückverweist, weil auch damit der Rechtsstreit für den Berufungsrichter erledigt wird. Den Endurtheilen stehen die Zwischenurtheile gegenüber, welche bestimmt sind, einzelne selbständige Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welche zur Entscheidung reif sind, während der Rechtsstreit im Ganzen noch nicht zur Entscheidung reif ist, zur Vereinfachung des Prozeßstoffes dergestalt vorab zu entscheiden, daß diese Entscheidung nicht rechtskräftig wird, den Instanzrichter aber bindet und als ein antizipirter Bestandtheil der Entscheidungsgründe des Endurtheiles zu behandeln ist, durch welches letztere nach Gestaltung der Sache das Zwischenurtheil seine Bedeutung ganz verlieren kann. Gegen das Zwischenurtheil ist kein selbständiges Rechtsmittel zulässig, da es den Rechtsstreit nicht erledigt, vielmehr nach dessen Erlassung über den dadurch nicht entschiedenen Prozeßstoff weiter verhandelt wird, bis der ganze Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist. Mit dem gegen das Endurtheil zulässigen Rechtsmittel ist dann zugleich das Zwischenurtheil anzugreifen. Nur in einigen nicht auszudehnenden Ausnahmefällen (§§ 248 Abs. 2. 276. 502. 562 C. P. O.) sollen die Zwischenurtheile in betreff der Rechtsmittel als Endurtheile behandelt werden. **Die bedingten Endurtheile gehören** überhaupt **nicht zu den Zwischenurtheilen**, auch nicht zu den zuletzt gedachten Ausnahmefällen. (R. G. 20. X. 82.) R. C. VII. (127.) 426—428. S. hierüber noch bei § 427 Abs. 1 ad R. C. VII. (127.) 428 ff.

6. **Unter Endurtheil ist dasjenige Urtheil zu verstehen, welches die Hauptsache und somit den Rechtsstreit selbst ganz oder theilweise in unbedingter oder (durch Eid) bedingter Weise definitiv entscheidet, während im Gegensatze dazu das Zwischenurtheil sich dadurch kennzeichnet, daß es das Endurtheil erst vorbereitet und als antizipirter Bestandtheil des letzteren zu betrachten ist.** (Motive zu §§ 262 und 265 des Entwurfs der Prozeßordnung.) — (B. O. L. 21. IX. 82.) S. IX. (224.) 666.

7. **Als Endurtheil stellt sich auch die Entscheidung erster Instanz dar, durch welche ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumniß der Nothfrist zur Erhebung des Einspruches gegen ein Versäumnißurtheil zurückgewiesen worden ist.** (R. G. 7. VII. 84.) R. C. XII. (106.) 373. S. hierüber noch bei § 507 eodem.

8. **Das Urtheil, welches einen Eid für verweigert erklärt, ist ein Zwischenurtheil, daher keine Berufung gegen dasselbe zulässig.** (R. G. 18. X. 84.) U. u. A. I. (70.) 120. 121.

9. **Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels kann nicht von einer irrthümlichen Bezeichnung der erlassenen Entscheidung seitens des Gerichtes abhängen,** es ist vielmehr deren rechtlicher Charakter maßgebend (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 7 Nr. 127 S. 421 f.). (R. G. 12. X. 86.) R. C. XVI. (68.) 286.

§ 473. **§ 473.**

Der Beurtheilung des Berufungsgerichts unterliegen auch diejenigen Entscheidungen, welche dem Endurtheile vorausgegangen sind, sofern nicht dieselben nach den Vorschriften dieses Gesetzes unanfechtbar oder mit der Beschwerde anfechtbar sind.

Digitized by Google

Von der Berufung ausgeschlossen: §§ 10, 37 Abs. 2, 46 Abs. 2, 118, 143 Abs. 3, 160 Abs. 1, 203 Abs. 3, 242, 267, 290 Abs. 3, 320 Abs. 2, 371 Abs. 5, 451 Abs. 2, 631 Abs. 3, 647 Abs. 2, 656 Abs. 3, 834 Abs. 1.

1. S. bei § 426 ad R. C. V. (93.) 347—350.

2. S. bei §§ 487. 488. 494. 495. 504 ad R. C. IV. (102.) 369 ff. A. III. (151.) 535 ff.

3. **Die Bestimmung des § 473 der C. P. O., daß die Berufung gegen Entscheidungen, welche mit der Beschwerde anfechtbar sind, ausgeschlossen ist, bezieht sich nur auf die dem Endurtheile vorausgegangenen, nicht auf die durch dasselbe erlassenen Entscheidungen.** (Puchelt, Kommentar zur C. P. O., Bd. 2 zu § 472—474; Sarwey, Kommentar zur C. P. O., zu § 472 und 473 Note 4). — (B. O. L. 24. I. 84.) S. X. (113.) 307.

4. **Ein Erkenntniß, in welchem auf Eid erkannt, aber nur für die eine Eventualität definitiv erkannt ist, ist kein Endurtheil, sondern ein Zwischenurtheil und kann daher für sich allein nicht mit der Berufung angefochten werden.** (R. G. 10. V. 82.) R. C. VI. (134.) 427 ff. A. VI. (27.) 137 ff. (S. hierüber bei § 427.)

§ 474.

§ 474.

Ein Versäumnißurtheil kann von der Partei, gegen welche es erlassen ist, mit der Berufung nicht angefochten werden.

Ein Versäumnißurtheil, gegen welches der Einspruch an sich nicht statthaft ist, unterliegt der Berufung insoweit, als dieselbe darauf gestützt wird, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe.

§ 482. Ger. K. G. § 26 Nr. 6. R. A. G. O. § 20.

Gegen ein kondemnatorisches Urtheil steht den zum Verhandlungstermine nicht geladenen Beklagten nur der Einspruch, nicht aber die Berufung zu. Entsch. des R. G. v. 5/2. 81.

§ 475.

§ 475.

Die Wirksamkeit eines nach Erlassung des Urtheils erklärten Verzichts auf das Recht der Berufung ist nicht davon abhängig, daß der Gegner die Verzichtleistung angenommen hat.

§ 482.

1. **Der § 475, welcher einen prozessualischen Akt zum Gegenstande hat, erkennt einen Verzicht, der nicht ausdrücklich erklärt, sondern erst aus Schlußfolgerungen herzuleiten ist, als wirksam nicht an,** wie sich dies überzeugend aus dem Umstande ergibt, daß der Abs. 2 des dem § 475 entsprechenden § 455 des Entwurfes, nach welchem die Verzichtleistung auch durch konkludente Handlungen erfolgen konnte, von der Justizkommission, um daraus entstehende Streitigkeiten abzuschneiden, gestrichen worden ist (vgl. Protokolle S. 232/233). (Vgl. Wilmowsky und Levy zu § 475 Note 3; Struckmann und Koch zu § 475 Note 2; Seuffert, 3. Ausgabe zu § 475 Nr. 1. 2 und die Angeff.) (R. G. 18. V. 86.) R. C. XVI. (83.) 346.

2. **Eine auf Uebereinkunft der Parteien beruhende Zurücknahme eines Rechtsmittels ist nach civilrechtlichen Grundsätzen über Verträge zu beurtheilen.** Die Bestimmung des § 475 (mit § 529) bezieht sich nur auf den Fall, daß die Partei zwar nach Erlassung des Urtheils, aber noch vor wirklicher Ergreifung des Rechtsmittels auf dasselbe und zwar ein-

Digitized by Google

seitig verzichtet. Aber auch § 476 der R. C. P. O., welcher von „Zurücknahme" des Rechtsmittels handelt, ist hier nicht anwendbar, denn dieser setzt eine ohne Einwilligung der Gegenpartei erklärte Zurücknahme voraus. (V. O. L. 22. II. 83.) S. X. (11.) 24. 25.

3. **Wenn die Erklärung einer Partei auf Unterwerfung unter eine Klage nach Erlassung des Urtheils erfolgt, so ist die Wirksamkeit des Verzichtes nicht davon abhängig, daß der Gegner die Verzichtleistung angenommen hat,** sie kann daher auch nach der Rechtsregel: „ad semel renunciata non patet regressus" nicht mehr, wenn auch nur theilweise, zurückgenommen oder eingeschränkt werden. Eine Erklärung, daß sich der Beklagte nur der primären, nicht auch der eventuellen Klagbitte unterwerfe, ist daher bedeutungslos. Ueberdies ist auch in dem angefochtenen Urtheile festgestellt, daß der Beklagte die Absicht hatte, sich der Klage zu unterwerfen und auf jedes Rechtsmittel dagegen zu verzichten. Eine Verletzung des Bayerischen Landrechts Th. IV Kap. 15 § 10 Nr. 4, wonach im Zweifel der Verzicht auf das Engste interpretirt werden soll, ist aus den erwähnten Feststellungen nicht zu entnehmen, da diese auf dem Wortlaute der Erklärung vom 12. Oktober 1880 beruht, eine Interpretation dieses Wortlautes gar nicht nothwendig war, und ein Zweifel des Richters über den Sinn und die Tragweite der Erklärungen überhaupt nicht bestand. Nach den Motiven zur R. C. P. O. § 475 (§ 455 des Entwurfes) kann ein solcher Verzicht sowohl gegenüber dem Gericht als gegenüber dem Prozeßgegner außerhalb der mündlichen Verhandlung abgegeben werden. (V. O. L. 17. IX. 81.) S. IX. (83.) 277. 278. Ueber die Frage vor wem und wem gegenüber eine solche Erklärung abgegeben werden kann s. § 79. (V. O. L. 17. IX. 81.) S. IX. (83.) 278. 279.

4. **Ein Verzicht auf das Rechtsmittel ist nicht darin zu finden, daß der Berufungs- oder Revisionskläger dem Gegner die ihm durch das angefochtene Urtheil auferlegten Kosten erstattet.** Der Berufungs- oder Revisionskläger mag bei dieser Gelegenheit die Absicht gehabt haben, den Prozeß nicht weiter zu verfolgen; bedenklich ist es aber, daraus den Schluß zu ziehen, daß derselbe sich dadurch dem Gegner gegenüber rechtsverbindlich habe verpflichten wollen, den Prozeß bezüglich der Hauptsache nicht fortzusetzen und ein Rechtsmittel nicht weiter einzulegen. (R. G. 8. X. 81.) R. C. V. (105.) 384. 385.

§ 476. **§ 476.**

Die Zurücknahme der Berufung ist ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten zulässig.

Die Zurücknahme erfolgt, wenn sie nicht bei der mündlichen Verhandlung erklärt wird, durch Zustellung eines Schriftsatzes. Abschrift desselben ist sofort nach erfolgter Zustellung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Die Zurücknahme hat den Verlust des Rechtsmittels und die Verpflichtung zur Folge, die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten zu tragen. Auf Antrag des Gegners sind diese Wirkungen durch Urtheil auszusprechen.

§ 92.

1. **Abs. 1.** Wenn der Kläger in Abänderung seines Berufungsantrages seine Klage zurückzunehmen erklärt, weil er solche für unbegründet erkannt hat, und auf Grund dieser Zurücknahme eine Abänderung des ersten Urtheils in diesem Sinne verlangt, der Beklagte aber seine Ein-

Digitized by Google

willigung hierzu verweigert und auf Zurückweisung der Berufung besteht, so liegt **nicht eine Zurücknahme der Berufung im Sinne von § 476 Abs. 1, wohl aber eine Zurücknahme der Klage im Sinne von § 243 Abs. 1** vor, denn eine Zurücknahme der Berufung ist nach Beginn der mündlichen Verhandlung ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten nicht mehr zulässig und der Kläger blieb ja dabei, eine Abänderung des ersten Urtheils zu verlangen, wenn auch eine andere, als er anfänglich beantragt hatte. (R. G. 9. VII. 84.) R. C. XV. (122.) 426.

2. **Der Gegner darf sich auf den Antrag beschränken, daß die Kostenpflicht durch Urtheil festzustellen.** Aus dem in der jur. Wochenschrift 1883, S. 269 Nr. 14 abgedruckten Beschluß des Reichsgerichts ergibt sich keineswegs, daß das R. G. das Gegentheil angenommen hat und es ist in Wirklichkeit auch kein Grund ersichtlich, welcher eine Partei hindern könnte, auf einen Ausspruch über den für sie werthlosen, weil schon aus dem Gesetz folgenden, Verlust des Rechtsmittels zu verzichten und sich auf Erwirkung eines zur Erlangung der Kostenerstattung nothwendigen Titels zu beschränken. Beschluß des O. L. G. zu Hamburg v. 11. Mai 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (309.) 460. 461.

3. **Vom Berufungsbeklagten kann der Beweis der Formalien der Berufung beim Ausbleiben des Berufungsklägers im Termin, nach Zurücknahme der Berufung nicht verlangt werden.** Wenn eine eingelegte Berufung zurückgenommen ist, so ist in dem demnächstigen Verhandlungstermine über die Wirkung der Zurücknahme und nicht über die Berufung und deren Voraussetzungen zu verhandeln und zu entscheiden (§§ 476. 243 der R. C. P. O.). Die Prüfung der formellen Erfordernisse der Berufung — § 497 ibidem — setzt vielmehr die Verhandlung über die Berufung und den in die Berufungsinstanz gediehenen Rechtsstreit selbst voraus — §§ 485. 487 — 8 ff. ibidem —. Die Rechtfertigung der Berufung und der Nachweis des Vorhandenseins der Erfordernisse derselben obliegt dem Berufungskläger und kann nicht vom Berufungsbeklagten verlangt werden. (R. G. 5. III. 84.) A. X. (39.) 179.

4. **Wirkung der Zurücknahme der Berufung auf die Anschließung an solche.** (R. G. 24. VI. 82.) S. hierüber bei § 482 ad R. C. VII. (104.) 345.

5. **Die im § 476 der C. P. O. dem Berufungskläger gezogenen Schranken bezwecken lediglich, das Recht des Berufungsbeklagten auf Anschlußberufung nicht zu verkümmern**; sie hindern aber den Berufungskläger nicht, die bei der Berufung gestellten Anträge auch noch im weiteren Verlaufe der mündlichen Verhandlung ganz oder theilweise, unbedingt oder bedingt zurückzunehmen. (R. G. 17. III. 85.) U. u. A. I. (287.) 465. 466. R. C. XIII. (92.) 359.

6. **Nur durch Verzicht auf die aus dem ersten Urtheil erlangten Rechte und Zurücknahme der Berufung kann das Urtheil I. Instanz beseitigt werden.** (R. G. 21. XII. 82.) A. VII. (52.) 180.

7. Ueber **Zurücknahme der Revision** s. § 520 ad R. C. VI. (110.) 364—367.

8. **Abs. 3. Nach Zurücknahme einer Berufung ohne gleichzeitige Bereitwilligkeitserklärung zur Zahlung der Kosten muß die Verpflichtung**

Digitized by Google

dazu auf Antrag des Gegners durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden. (B. O. L. 7. VI. 84.) S. X. (166.) 453; s. bei § 529.

9. **Anwendbarkeit des § 476 Abs. 3 C. P. O. (vgl. § 529 das.) in dem Falle, wenn ein Theil der in der Revisionsschrift angekündigten Revisionsanträge vom Revisionskläger in der mündlichen Verhandlung zurückgenommen wird und der Revisionsbeklagte beantragt, durch Urtheil den Verlust des Rechtsmittels, soweit die Anträge zurückgenommen sind, auszusprechen und dem Revisionskläger einen entsprechenden Theil der Kosten aufzulegen.** (R. G. 8. VII. 82.) R. C. VII. (114.) 370. 371.

10. Für den Fall der Zurücknahme des Rechtsmittels der Berufung tritt für den Betrag, welcher als Streitgegenstand maßgebend ist, nach § 13 Abs. 3 R. G. K. G. allein der Betrag der Kosten ein, ohne daß der im Prozeß befangene eigentliche Streitgegenstand berührt würde oder für die Gebührenberechnung in Betracht gezogen werden könnte. Zuzugestehen ist allerdings der Widerspruch, daß bei einer Klagzurücknahme nach § 243 der C. P. O. eine volle Gebühr nach dem Betrage der Kosten für die abweisende Entscheidung zu berechnen ist, während dem Kläger durch solche Abweisungen materielle Nachtheile überall nicht erwachsen; daß dagegen bei einer mit dem materiellen Verlust des Rechtsmittels verbundenen Zurücknahme, das nur über die Kosten erbetene und erfolgte Urtheil nur mit $^5/_{10}$ der nach denselben Grundsätzen zu berechnenden Gebühr tarifirt wäre. Allein dieser Widerspruch kann an der Sache nichts ändern. Beschluß des O. L. G. zu Hamburg v. 11. Mai 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (309.) 461.

2. Einlegung.

§ 477. **§ 477.**

Die Berufungsfrist beträgt einen Monat; sie ist eine Nothfrist und beginnt mit der Zustellung des Urtheils.

Die Berufung kann gleichzeitig mit der Zustellung des Urtheils eingelegt werden. Die Einlegung vor Zustellung des Urtheils ist wirkungslos.

§§ 200, 201 Abs. 2, 202, 211, 645, 283; — §§ 514, 549, 835, 870, 605—624, 213; — §§ 212, 304.

1. Wenn der § 477 der C. P. O. die Einlegung der Berufung vor Zustellung des Urtheils für wirkungslos erklärt, so hat er dabei selbstverständlich eine **Zustellung im Auge, wie sie den gesetzlichen Vorschriften entspricht.** Urtheil des Reichsgerichts vom 27. Februar 1885. R. A. 1885, bes. Beil. 4 S. 205 ff. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 318 S. 457.

2. Da nach § 477 C. P. O. die Berufungsfrist eine, einen Monat betragende und mit der Zustellung des Urtheiles beginnende, Nothfrist ist, so **liegt dem Berufungsrichter von Amts wegen ob, die Legalität der Zustellung des Urtheiles zu prüfen.** (R. G. 12. VII. 82.) (S. § 181 ad R. C. VII. (115.) 373.) R. C. VII. (115.) 373. A. VI. (56.) 237.

3. **Für eine den Beginn einer Nothfrist nach sich ziehende Zustellung kann die Uebergabe des zuzustellenden Schriftstückes nicht ersetzt werden durch die Vereinbarung der Parteien, daß die Uebergabe als geschehen gelten solle.** Das Gesetz knüpft den Beginn der Berufungs- bezw. Revisionsfrist an die Zustellung des Urtheiles, d. i. an die thatsächlich und in den gesetz-

Digitized by Google

lichen Formen vollzogene Zustellung, und erklärt eine vor Zustellung des Urtheiles erfolgte Einlegung der Berufungs- bezw. Revisionsfrist für wirkungslos (§ 514 a. a. O.); dasselbe legt dem Gerichte die Pflicht auf, von Amts wegen zu prüfen, ob die Berufungs- bezw. Revisionsfrist eingehalten sei (§§ 497. 529 a. a. O.), und läßt eine Verlängerung oder Verkürzung dieser Frist durch Vereinbarung der Parteien nicht zu. Bei diesen Gesetzesbestimmungen kann ein Uebereinkommen der Parteien, nach welchem die Berufungs- bezw. Revisionsfrist durch einen anderen Akt, als durch eine in der gesetzlichen Form vollzogene Zustellung — nämlich durch die Vereinbarung einer Fiktion der Zustellung — in Lauf gesetzt werden soll, keinen Anspruch auf Rechtswirksamkeit erheben. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 8 Nr. 89 S. 331.) — (R. G. 30. X. 85.) R. C. XV. (98.) 375.

4. **Die Frist zur Einlegung des Rechtsmittels durch Einlegung der Schrift in den im Geschäftslokal ausgehängten Briefkasten wird nur dann gewahrt**, wenn dieselbe innerhalb der Frist durch Eröffnung des Briefkastens in den Besitz des Gerichts gelangt oder wenigstens der Einleger darauf rechnen kann, daß sie bei regelmäßiger Geschäftsbehandlung innerhalb der Frist in den Besitz des Gerichtes gelangen werde. (R. G. 20. III. 80.) R. C. I. (155.) 429—431. (R. H. II. (1.) 22. 23.)

5. **Wenn der Anwalt zweiter Instanz nach Verkündigung, jedoch vor Zustellung des Berufungsurtheiles, die Anwaltschaft niedergelegt hat, so kann die Zustellung dieses Urtheiles nicht an den Anwalt erster Instanz mit der Wirkung, daß sie den Lauf der Revisionsfrist eröffnet, geschehen.** (R. G. 2. III. 83.) S. hierüber bei § 164 ad R. C. X. (104.) 347. A. VII. (147.) 478.

6. **Der Lauf der Berufungsfrist wird durch die Urtheilszustellung an den Anwalt zweiter Instanz, welcher sich aus Anlaß eines früheren für wirkungslos erklärten Berufungsaktes bereits als Prozeßbevollmächtigten des Gegners bestellt hatte, nicht eröffnet.** Nach § 162 müssen die Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen, an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen. Ein Rechtsstreit wird anhängig durch Erhebung der Klage und er bleibt in der Instanz anhängig bis nach der Zustellung des Urtheiles (§§ 288. 645). Selbst diejenigen Prozeßhandlungen, welche das Verfahren in Folge eines Einspruches, einer Aufhebung des Urtheiles, einer Wiederaufnahme des Verfahrens oder eines neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckungsinstanz zum Gegenstande haben, gehören noch zur Instanz (§ 163). Da hiernach das Urtheil erster Instanz an den Prozeßbevollmächtigten ebendieser Instanz geschehen mußte, so war jede andere Zustellung ohne rechtliche Bedeutung. Eine Ermächtigung des Prozeßbevollmächtigten zweiter Instanz zur Entgegennahme der Urtheilszustellung kann auch aus § 164 nicht hergeleitet werden; denn diese Bestimmung bezieht sich nach ihrem klaren Wortlaute nur auf solche Schriftsätze, durch welche ein Rechtsmittel eingelegt wird, und **§ 477 Abs. 2 handelt nur von dem Zeitpunkte der Zustellung, entscheidet dagegen nicht darüber, an wen die Zustellung zu erfolgen habe.** (R. G. 27. II. 83.) R. C. IX. (108.) 367. 368.

7. Wenn es sich um die Bewirkung einer Zustellung handelt, erscheint als Prozeßgericht im Sinne des § 187 C. P. O. dasjenige Gericht, bei

Digitized by Google

welchem ein Rechtsstreit anhängig ist oder bei welchem er mittels der Zustellung anhängig werden soll. Wie es daher keinem Zweifel unterliegt, daß, sofern es sich nur um die öffentliche Zustellung der Berufungsschrift handeln würde, die Bewilligung der öffentlichen Zustellung dem Berufungsgerichte zukommt, so kann auch dessen Zuständigkeit nicht beanstandet werden, sofern zur wirklichen Einlegung der Berufung auch die Bewilligung der öffentlichen Zustellung des angefochtenen Urtheiles nachgesucht wird. Der Umstand, daß das Urtheil, dessen öffentliche Zustellung in Frage steht, nicht von dem Berufungsgerichte, sondern von dem Untergerichte erlassen wurde, schließt, soweit es sich um eine gleichzeitige Zustellung des Urtheiles mit der Berufungsschrift handelt, die Eigenschaft des Berufungsgerichtes als Prozeßgericht nicht aus. Wie der für die Berufungsinstanz bestellte Anwalt nicht bloß zur Einlegung der Berufung, sondern auch zur unmittelbaren Bewirkung der nach § 477 C. P. O. erforderlichen gleichzeitigen Zustellung des erstinstanzlichen Urtheiles zuständig ist, so erscheint es entsprechend, daß **das Berufungsgericht nicht bloß zur Bewilligung der öffentlichen Zustellung der Berufungsschrift, sondern auch zur Bewilligung der gleichzeitigen öffentlichen Zustellung des erstinstanzlichen Urtheiles zuständig ist.** (R. G. 29. IX. 85.) R. C. XV. (91.) 347.

8. **Eine vor ordnungsmäßiger Zustellung des Urtheils eingelegte Berufung ist nicht als unzulässig zu verwerfen, sie ist vielmehr ohnehin wirkungslos.** (R. G. 26. III. 81.) R. C. IV. (118.) 415. 416. A. III. (148.) 529.

9. **Zustellung des Schriftsatzes, durch welchen ein für wirkungslos erklärtes Rechtsmittel wiederholt eingelegt wird.** Hier folgender Fall: Das Oberlandesgericht hat eine von dem Beklagten eingelegte Berufung gemäß § 477 C. P. O. für wirkungslos erklärt, weil der Nachweis fehlte, daß und zu welcher Zeit das angefochtene Urtheil zugestellt worden war. Das oberlandesgerichtliche Urtheil ging in Rechtskraft über. Darauf ließ der Beklagte zunächst das landgerichtliche Urtheil und sodann eine anderweite Berufungsschrift, letztere einem Rechtsanwalte, welcher den Kläger bei der ersten Berufung vertreten hatte, zustellen. Dies ist unrichtig. Die Zustellung der zweiten Berufung darf nicht an den Anwalt geschehen, welcher den Berufungsbeklagten bei der Verhandlung über die erste Berufung vertreten und zur Zeit der Zustellung noch nicht anderweite Prozeßvollmacht hatte. Durch die zweite Berufung wird in der That eine neue Instanz eröffnet. Denn die vorherige Berufung des Beklagten ist mit Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung, welche das Rechtsmittel für wirkungslos erklärte, endgültig abgethan. Die bei der früheren Berufung thätig gewesenen Parteianwälte haben ihren Auftrag erfüllt. Sie können höchstens dann nochmals in Thätigkeit treten, wenn hinsichtlich der ersten Berufung eine anderweite Entscheidung des Oberlandesgerichtes nöthig wird (§ 163 C. P. O.), oder wenn eine Revisionsschrift zuzustellen ist und der Revisionsbeklagte einen Prozeßbevollmächtigten für die dritte Instanz noch nicht bestellt hat (§ 164 C. P. O.). Daß beide Berufungen das nämliche Urtheil angehen und denselben Zweck verfolgen, rechtfertigt keine andere Beurtheilung der Sachlage. Jede Berufung für sich bildet eben ein selbständiges Rechtsmittel. (R. G. 22.

Digitized by Google

XII. 82.) R. C. VIII. (108.) 368. 369. A. VII. (48.) 176. 177. (R. C. IX. (103.) 353.) S. hierüber noch bei § 77 eodem.

§ 478.

§ 478.

Wird innerhalb der Berufungsfrist ein Urtheil in Gemäßheit des § 292 durch eine nachträgliche Entscheidung ergänzt, so beginnt mit der Zustellung der nachträglichen Entscheidung der Lauf der Berufungsfrist auch für die Berufung gegen das zuerst ergangene Urtheil von Neuem. Wird gegen beide Urtheile von derselben Partei Berufung eingelegt, so sind beide Berufungen mit einander zu verbinden.

Wenn ein Urtheil durch eine nachfolgende Entscheidung, sei es daß diese einen Haupt- oder Nebenanspruch oder daß sie den Kostenpunkt betrifft, ergänzt wird, so ist das ergänzte Urtheil neues Urtheil, das die Rechte und Pflichten der Parteien in anderer Weise normirt, und es ist ein ebenso verständlicher als richtiger Gedanke, wenn § 478 der C. P. O. der Partei diesem ergänzten Urtheil gegenüber seinem ganzen Inhalt nach von Neuem die einmonatige Ueberlegungsfrist zur Einlegung eines Rechtsmittels einräumt. Diese Erwägung trifft bei einer **Ergänzung, die bloß die Verfügung der vorläufigen Vollstreckbarkeit betrifft,** nicht zu. Es hat vielen Anschein, eine Subsumirung dieses Falls unter den § 292 und deßhalb als durch das Gesetz selbst ausgeschlossen zu erachten, weil für die nachträgliche Verfügung der übergangenen vorläufigen Vollstreckung in § 654 besondere Fürsorge getroffen ist, woraus geschlossen werden muß, daß das Gesetz diese Ergänzung nicht als die einer Entscheidung über „einen Haupt- oder Nebenanspruch", wie § 292 solchen im Auge hat, angesehen haben will. Wenn § 654 verfügt, daß betreffs der in Rede stehenden Ergänzung „die Vorschriften des § 292" in Anwendung kommen sollen, und ferner § 478 verfügt, daß die Berufungsfrist von Neuem zu laufen beginne, wenn ein Urtheil „in Gemäßheit des § 292" ergänzt werde, so erscheint es als eine zu scharfe Auslegung, wenn man sagen wollte, die Ergänzung auf Grund von § 654 sei nicht „in Gemäßheit des § 292", sondern nur „in Gemäßheit der Vorschriften des § 292" gemacht. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 21. Mai 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (243.) 371. 372.

§ 479.

§ 479.

Die Einlegung der Berufung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes.
Derselbe muß enthalten:
1. die Bezeichnung des Urtheils, gegen welches die Berufung gerichtet wird;
2. die Erklärung, daß gegen dieses Urtheil Berufung eingelegt werde;
3. die Ladung des Berufungsbeklagten vor das Berufungsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Berufung.

§ 506.

1. Abs. 1. **Die Zulässigkeit (Statthaftigkeit) eines Rechtsmittels richtet sich in erster Linie nach dem Zeitpunkte der Einlegung, d. h. der Zustellung des bezüglichen Schriftsatzes, mit welcher der Rechtsstreit in der höheren Instanz anhängig wird.** (§§ 479. 485. 235 C. P. O.) (Vgl. Entsch. des R. G. in Civils. Bd. 5 S. 378, Bd. 15 S. 405.) Unter dieser Regel steht auch der § 94, welcher nur eine Beschränkung der Zulässigkeit der Rechtsmittel enthält und daher systematisch seinen Platz in den Bestimmungen über die Rechtsmittel hätte finden sollen. (R. G. 13. VII. 87.) R. C. XVIII. (98.) 420.

Digitized by Google

2. **Das Revisionsgericht hat zu prüfen, ob den Anforderungen des § 479 C. P. O. genügt ist.** Die Frage, ob ein gewisses, seinem Wortlaute nach vorliegendes Schriftstück in formeller Beziehung den Anforderungen genügt, welche der § 479 an die Berufungsschrift stellt, ist eine reine Rechtsfrage, welche, da es sich dabei um das reichsgesetzliche Prozeßrecht handelt, zur Entscheidung des Revisionsgerichtes steht. Wenn es auch seine Richtigkeit hat, daß eine bestimmte Wortform für Ladungen in der Civilprozeßordnung nicht vorgeschrieben ist, so muß doch bei Anwendung des § 479, wie der übrigen Bestimmungen der Civilprozeßordnung, welche für gewisse Schriftsätze als ein Stück des wesentlichen Inhaltes neben anderen eine Ladung vorschreiben, daran festgehalten werden, daß überhaupt in irgend welchen Worten neben dem übrigen, unter bestimmte andere rechtliche Kategorien zu bringenden Inhalte des betreffenden Schriftstückes die fragliche Ladung in dem letzteren ausgedrückt sein müsse. (R. G. 29. IX. 80.) R. C. II. (111.) 398. A. II. (121.) 511. 512.

3. **Die Berufungsschrift muß** nach § 74 C. P. O., damit die Berufung gültig eingelegt werde, **auf Betreiben eines bei dem Berufungsgerichte zugelassenen Anwaltes dem Gegner zugestellt werden.** (R. G. 21. VI. 81.) R. C. V. (100.) 374. S. hiergegen Entsch. der vereinigten Civilsenate v. 3. I. 1887 in R. C. XVII. (100.) 392 bei § 74.

4. **Für den Fall einer nicht ordnungsmäßigen, namentlich nicht rechtzeitigen Zustellung der Klage kann die Zustellung der Berufungsschrift** selbst dann, wenn der Kläger wegen Abweisung der Klage Berufung einlegt und der Inhalt der Berufungsschrift den für die Klageschrift in § 230 aufgestellten Erfordernissen entspricht, **als Ersatz für die Zustellung der Klageschrift** um deßwillen **nicht gelten,** weil nach den Grundsätzen der Civilprozeßordnung (vgl. §§ 38. 491 a. a. O.) die Erhebung der Klage in der zweiten Instanz unzulässig ist. (R. G. 21. VI. 84.) R. C. XIII. (83.) 339.

5. **Abs. 2 Ziff. 1. Der § 479 der R. C. P. O. verlangt nur, daß für den Berufungsbeklagten kein Zweifel möglich sei, welches Urtheil angefochten werde.** (R. G. 15. XII. 82.) A. VII. (57.) 184. 185.

6. Zwar gehört nach § 479 zu den nothwendigen Erfordernissen der Berufungsschrift auch die Bezeichnung des Urtheiles, gegen welches die Berufung gerichtet wird. Allein dies ist **nicht dahin zu verstehen, daß jede Unrichtigkeit in der Bezeichnung die Einlegung der Berufung unwirksam mache.** Vielmehr ist nur eine derartige Bezeichnung zu erfordern, daß bei dem Gegner kein gegründeter Zweifel darüber obwalten kann, welches Urtheil mit der fraglichen Berufung angefochten werde, und hierüber hat das B. G. nach den Umständen des speziellen Falles zu befinden. (R. G. 30. III. 85.) U. u. A. II. (20.) 28.

7. **Ziff. 8. Eine in der Berufungsschrift enthaltene Ladung, wenn der Zweck derselben nicht angegeben ist, genügt,** da sie nur den Sinn haben kann, daß sie „zur mündlichen Verhandlung über die Berufung" erfolge. (R. G. 9. II. 81.) R. C. IV. (96.) 356. (R. C. II. (111.) 398.)

8. **Eine Berufung ist als unzulässig zu verwerfen, wenn in der Be-**

Digitized by Google

rufungsschrift die Ladung des Berufungsbeklagten nicht ausdrücklich enthalten ist. Eine ausreichende Erklärung des Ladungswillens liegt in der Zustellung des mit der präsidialen Terminsbestimmung bereits versehenen Schriftsatzes nicht. Der Schriftsatz an sich, von dem doch die Terminsbestimmung des Vorsitzenden nicht etwa einen Bestandtheil bildet, muß nach § 479 schon die Ladung enthalten. Außerdem würde die ganze Vorschrift des § 479 Nr. 3 für jeden Fall, wo die Zustellung an einen Rechtsanwalt geschieht, also die sonst nach § 192 C. P. O. für die Ladung wesentliche Aufforderung zur Anwaltsbestellung nicht erforderlich ist, aller Bedeutung entbehren; denn die präsidiale Terminsbestimmung wird ja vor der Zustellung stets hinzugefügt. **In dem bloßen Erscheinen des Berufungsbeklagten durch einen Anwalt in dem angesetzten Termine liegt ein stillschweigender Verzicht auf die Befolgung der Vorschrift des § 479 Nr. 3 im Sinne des § 267 C. P. O. nicht.** (R. G. 29. IX. 80.) R. C. II. (111.) 398. 399. A. II. (121.) 511. 512.

9. **Eine ohne vorausgegangene Terminsansetzung erfolgte generelle Ladung reicht nicht aus, um die Sache in der Instanz anhängig zu machen und also auch nicht zur Wahrung der Nothfrist.** Denn, daß die Bestimmung des Abs. 3 des § 479 C. P. O. und die damit korrespondirenden Vorschriften der §§ 230. 305 und 515 derselben nicht in diesem Sinne aufgefaßt werden dürfen, darüber lassen die Bestimmungen der §§ 191 und 193 nicht wohl einen Zweifel aufkommen. (R. G. 13. VII. 83.) R. C. IX. (113.) 388. (R. G. 26. VI. 83. A. VIII. (90.) 352.

10. Wenn die Zustellung innerhalb der gesetzlichen Frist nach vorausgegangener Terminsansetzung erfolgt ist und der Inhalt des Schriftsatzes den Formvorschriften des § 479 C. P. O. entspricht, **die zugestellte Abschrift aber insofern unvollständig ist, als sie nicht die auf der Urschrift befindliche Terminsansetzung mit umfaßt, so entsteht die Frage: ob dieser Mangel auch dann von Amtswegen berücksichtigt werden darf, wenn der Berufungsbeklagte im Termin erscheint und den Mangel seinerseits nicht rügt, sondern im Gegentheile zu erkennen gibt, daß er bereit ist, sich auf eine Verhandlung der Berufung einzulassen.** Diese Frage ist zu verneinen. Zwar handelt es sich um einen wesentlichen Mangel. Aber auch ein wesentlicher Mangel ist verzichtbar und die Möglichkeit des Verzichtes beschränkt sich nicht auf mangelhafte Verhandlungen der Parteien. Der § 497 C. P. O. verstellt es aber nur zur amtlichen Prüfung, ob die Berufung in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt ist, macht es dagegen nicht zur Amtspflicht, weiter auch zu untersuchen, ob die zugestellte Abschrift vollständig und korrekt ist, und ob nicht sonstige Formwidrigkeiten bei der Zustellung vorgekommen sind, welche zur Erhebung begründeter Einwendungen gegen die Zulässigkeit des Rechtsmittels Veranlassung geben könnten. (R. G. 13. VII. 83.) R. C. IX. (113.) 388. 389. (R. G. 26. VI. 83.) A. VIII. (90.) 353.

11. **Nach § 12 des Reichsgesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit vom 10. Juli 1879 findet auf bürgerliche, der Konsulargerichtsbarkeit angehörende Rechtsstreitigkeiten die R. C. P. O. nicht überall unbedingte und unmittelbare, sondern nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Gesetzes entsprechende Anwendung. Ueber das Rechtsmittel der Be-**

Digitized by Google

rufung enthält aber § 20 des Gesetzes besondere Bestimmungen. In diesen ist von dem in der R. C. P. O. aufgestellten Prinzip der Zustellung der Berufungsschrift durch den Berufungskläger abgegangen. Das Rechtsmittel wird beim Konsul eingelegt, und dieser theilt von Amts wegen Abschrift derselben dem Berufungsbeklagten mit. Sodann werden die Akten dem Berufungsgericht übersendet. Dieses bestimmt den Verhandlungstermin von Amts wegen und macht denselben den Parteien bekannt. In diesem Verfahren, welches dem früher für Konsularsachen geltenden nachgebildet ist, fehlt es für eine Ladung durch den Berufungskläger im Sinne der R. C. P. O. an einem Platz. Der Aufnahme derselben in die Berufungsschrift steht entgegen, daß, da bei Mittheilung der Abschrift der Berufungsschrift an den Berufungsbeklagten der Verhandlungstermin noch nicht bestimmt, auch das Gericht erster Instanz überall nicht befugt ist, den Verhandlungstermin zu bestimmen, der Ladung ein wesentlicher Bestandtheil fehlen würde. Besonders aber ist in Betracht zu ziehen, daß, da die Berufungsschrift nicht vom Berufungskläger dem Berufungsbeklagten zugestellt, sondern beim Konsulargericht eingereicht und von diesem dem Berufungsbeklagten eine Abschrift derselben von Amts wegen zugestellt wird, den etwaigen eine Ladung enthaltenden Worten der Berufungsschrift die eigentliche Bedeutung einer Ladung, als einer an die Gegenpartei gerichteten Aufforderung fehlen würde. Hiernach erscheint die Anwendung der Bestimmung des § 479 Abs. 2, Nr. 3, für Konsularsachen nicht geboten. (R. G. 18. XII. 80.) A. III. (58.) 216. 217.

§ 480. **§ 480.**

Die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze finden auch auf die Berufungsschrift Anwendung.

Als vorbereitender Schriftsatz soll die Berufungsschrift insbesondere enthalten: die Erklärung, inwieweit das Urtheil angefochten werde und welche Abänderungen desselben beantragt werden (Berufungsanträge), sowie die Angabe derjenigen neuen Thatsachen und Beweismittel, welche die Partei geltend zu machen beabsichtigt.

§§ 121 ff., 516, 551, §§ 491, 506.

1. Der Schriftsatz, durch welchen die Berufung eingelegt wird, muß nur die Bezeichnung des angefochtenen Urtheiles, die Erklärung, daß Berufung gegen dasselbe eingelegt werde, sowie die Ladung des Berufungsbeklagten enthalten (§ 479 C. P. O.), dagegen ist **die Erklärung, inwieweit das Urtheil angefochten werde, und welche Abänderungen desselben beantragt werden (Berufungsanträge), kein wesentliches Erforderniß (§ 480 Abs. 2 a. a. O.). Jene Erklärung kann vielmehr, unbeschadet der Rechte des Berufungsklägers, ebensowohl aus der Berufungsschrift hinwegbleiben, als sie in dieselbe als Berufungsantrag aufgenommen werden kann.** Folgt aber hieraus, daß der schriftliche Berufungsantrag gleichwie der Inhalt der Schriftsätze überhaupt lediglich vorbereitender Natur ist, so ergibt sich zugleich, daß nicht durch ihn, sondern ausschließlich durch den mündlichen Antrag die Grenzen des Berufungsstreites bestimmt werden (§ 487 a. a. O.), weßhalb denn auch **der Berufungskläger bei der mündlichen Verhandlung durch die in seiner Berufungsschrift gestellten Anträge in keiner Weise gebunden und beschränkt** sein kann. (R. G. 13. II. 83.) R. C. VIII. (41.) 163.

Digitized by Google

2. Nach §§ 479 und 480 der C. P. O. gehört zu den wesentlichen Bestandtheilen des Schriftsatzes, durch dessen Zustellung die Einlegung der Berufung erfolgt, nicht die Erklärung, inwieweit das Urtheil angefochten werde und welche Abänderungen beantragt werden, die Berufungs-Anträge. Allerdings „soll" die Berufungsschrift auch diese enthalten; doch ist das nur eine instruktionelle Vorschrift, deren Verletzung die Nachholung der Berufungs-Anträge in der mündlichen Verhandlung nicht ausschließt. Daraus folgt mit Nothwendigkeit, **daß, wenn die Berufungsschrift Anträge enthält, dadurch keine Beschränkung auf dieselben begründet wird, sondern der Berufungskläger befugt ist, dieselben in der Verhandlung beliebig zu erweitern. Die in der Berufungsschrift enthaltene Erklärung, die Berufung werde nur gegen gewisse Theile des Urtheils eingelegt, ist daher inkorrekt und ohne Bedeutung.** Die Einlegung der Berufung kann nur gegen das Urtheil als solches, nicht gegen einzelne Bestandtheile desselben, geschehen, durch die Berufungsanträge dagegen wird bestimmt, in welchem Umfang und in welcher Richtung das Urtheil angefochten werden soll. An die einmal gestellten Berufungs-Anträge ist aber der Kläger nicht gebunden und nicht auf dieselben beschränkt. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 13. Februar 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 159 S. 229 f.

3. **Reichsgerichtskostengesetz.** Nach § 1 des G. K. G. vom 18. Juni 1878 sollen die Gebühren und Auslagen der Gerichte „nach Maßgabe dieses Gesetzes" erhoben werden. Indem das Gesetz das Verhältniß der Parteien zur Staatskasse regelt, läßt es die Verbindlichkeit der streitenden Theile zur Kostenzahlung unabhängig davon eintreten, ob das ergangene Urtheil bereits die Rechtskraft beschritten hat oder nicht, und knüpft es die Erhebung der in § 46 Abs. 1 festgesetzten Gebühr bei Zurücknahme einer Klage, eines Antrags oder eines Rechtsmittels nicht an die sonst nach der R. C. P. O. (§ 476) erforderlichen formellen Voraussetzungen dieses Aktes. Auch sieht das Gesetz in § 81 Abs. 3 ausdrücklich den Fall vor, daß (nach Einlegung eines Rechtsmittels) eine Erweiterung der ursprünglichen Anträge stattfindet, und ordnet alsdann eine Nachforderung des Kostenvorschusses an. **Daraus folgt, daß der zu erhebende Kostenvorschuß zunächst nach den von der betreibenden Partei in den vorbereitenden Schriftsätzen gestellten Anträgen zu bemessen ist. Unterläßt es der Berufungskläger, vor der mündlichen Verhandlung bestimmte Beschwerdepunkte zu bezeichnen, so muß der Kostenvorschuß nach Maßgabe des Streitobjekts, über welches in erster Instanz zu seinen Ungunsten erkannt wurde, eingefordert werden. Begrenzt er aber die Beschwerde, so ist der Streitgegenstand auch nur nach Höhe dieser Anträge für die Gerichtskosten in der Instanz erwachsen. Und erweitert er demnächst, sei es durch Einreichung eines vorbereitenden Schriftsatzes, sei es in der mündlichen Verhandlung, seine ursprünglichen Anträge, so tritt eine Nacherhebung des dadurch bedingten Kostenvorschusses ein.** Da das Gesetz für die Zulässigkeit der instruktionellen Berufungsanträge der Partei nicht unterscheidet, ob solche sofort bei der Einlegung der Berufung oder späterhin durch Einreichung eines besonderen vorbereitenden Schriftsatzes gestellt worden sind, so liegt kein zureichender Grund vor, in Betreff des zu erhebenden Kostenvorschusses eine solche Unterscheidung zu machen.

Digitized by Google

Letztere würde nur unter der Voraussetzung zulässig sein, wenn feststände, daß das G. K. G. die Berechnung des Kostenvorschusses grundsätzlich nicht sowohl nach der beantragten Entscheidung, als vielmehr nach dem Streitobjekte zur Zeit der ersten allgemeinen Einlegung des Rechtsmittels (§ 479 der R. C. P. O.) habe anordnen wollen. Dieser Auslegung des Gesetzes steht aber, von dem Wortlaute des § 46 Abs. 1 abgesehen, das schon hervorgehobene, aus § 81 Abs. 3 des G. K. G. sich ergebende argumentum a contrario entgegen. (R. G. 16. II. 83.) A. VII. (123.) 393—395.

§ 481. **§ 481.**

In Betreff der Frist, welche zwischen der Zustellung der Berufungsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegen muß, finden die Vorschriften des § 234 entsprechende Anwendung.

§ 486.

§ 482. **§ 482.**

Der Berufungsbeklagte kann sich der Berufung anschließen, selbst wenn er auf die Berufung verzichtet hat oder wenn die Berufungsfrist verstrichen ist.

Die Vorschriften über die Anfechtung des Versäumnißurtheils durch Berufung finden auch auf die Anfechtung desselben durch Anschließung Anwendung.

§ 474.

1. **Die richtige Auffassung der Anschließung an die Berufung** ist die, daß der Berufungsbeklagte befugt ist, auch seinerseits Anträge zu stellen, welche die Bedeutung haben, wie die des Berufungsklägers, nämlich, die Grenzen zu bestimmen, innerhalb welcher der Rechtsstreit vor dem Berufungsrichter von Neuem zu verhandeln ist (§ 487); das Rechtsmittel selbst bleibt immer das einheitliche vom Berufungskläger eingelegte. Es finden daher auch betreffs der Zulässigkeit und der Wirkung der Zurücknahme der Berufung die hierüber aufgestellten Bestimmungen (§ 476) Anwendung, mag eine Erklärung über die Anschließung schon vor der Zurücknahme abgegeben sein oder nicht. **Zu diesen allgemeinen Bestimmungen** aber **gehört die, daß der die Berufung Zurücknehmende „die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten zu tragen hat“.** Nun erfolgt die Anschließung an die Berufung allerdings erst im Termine zur mündlichen Verhandlung über die Berufung; die Anschließung selbst ist also keinesfalls möglich, wenn die Zurücknahme der Berufung vor dem Termine durch Zustellung eines Schriftsatzes erklärt ist. Allein das Recht auf Anschließung ist schon durch die Einlegung des Rechtsmittels (§ 479) erworben. Diejenigen Kosten, welche zur Vorbereitung der Anschließung aufgewendet sind, gehören daher zu den durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten in gleicher Weise, wie die zur Vertheidigung gegen die Berufung aufgewendeten. Daß aber zu den zur Vorbereitung mit Recht aufgewendeten Kosten insbesondere die Kosten des die Anschließung ankündigenden Schriftsatzes gehören, ergibt sich aus § 484, aus welchem sogar die instruktionelle Vorschrift zu entnehmen ist, daß der Berufungsbeklagte, welcher die Anschließung beabsichtigt, dem Berufungskläger einen solchen Schriftsatz zuzustellen hat. (R. G. 24. VI. 82.) R. C. VII. (104.) 345. (R. C. VIII. (114.) 381.)

Digitized by Google

2. **Ueber Berufungsanschließung noch in der Hauptverhandlung** s. § 518 ad S. XI. (172.) 440. 441.

3. **Anschlußberufung im Fall der Berufung eines Nebenintervenienten bei passivem Verhalten der Hauptpartei.** Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 8. Februar 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (244.) 372.

4. **Die Anschließung an die Berufung ist zulässig, wenn der Berufungskläger im Termine zur Verhandlung über die Berufung nicht erscheint und der Berufungsbeklagte gegen ihn Versäumnißurtheil beantragt.** (R. G. 27. I. 83.) S. hierüber bei § 518 ad R. C. VIII. (114.) 380—385.

§ 483.

§ 483.

Die Anschließung verliert ihre Wirkung, wenn die Berufung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird.

Hat der Berufungsbeklagte innerhalb der Berufungsfrist sich der erhobenen Berufung angeschlossen, so wird es so angesehen, als habe er die Berufung selbständig eingelegt.

§§ 497, 476 Abs. 1.

1. Die C. P. O. hat es zwar an einer Bestimmung darüber fehlen lassen, **in welcher Form die Anschließung an die Berufung zu erfolgen habe**; aus dem Prinzip der Mündlichkeit der Verhandlung (§§ 119 ff.) folgt aber, daß Prozeßhandlungen, insoweit nicht eine andere Form dafür vorgeschrieben oder zugelassen ist, nur im Wege des mündlichen Vortrags im Gericht geschehen können. Insbesondere ist die Zustellung von Schriftsätzen an den Gegner — abgesehen von einigen Fällen, in welchen derselben eine höhere Bedeutung beigelegt worden ist, (vgl. §§ 230, 479, 515) — zwar ein zweckmäßiges Mittel der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, nicht aber ist derselben die Bedeutung einer Prozeßhandlung beizulegen. So kann denn auch die Anschließung an eine Berufung ebensowenig durch Zustellung eines Schriftsatzes, wie durch eine in irgend einer anderen Form außergerichtlich mündlich oder schriftlich dem Gegner abgegebene Erklärung erfolgen, sondern sie hat im Verhandlungstermin selbst zu geschehen. Dies erkennen auch die Motive zur C. P. O. an, welche auf S. 304 aussprechen, daß die Anschließung zwar durch einen Schriftsatz vorbereitet werden könne, aber erst durch die Stellung des Antrags in der mündlichen Verhandlung wirklich erfolge. Selbstverständlich kann aber einer Anschließung in Abwesenheit des Gegners eine Wirksamkeit überall nicht beigelegt werden, und wenn derselbe nicht erscheint, so wird dadurch den Berufungs-Beklagten die Möglichkeit einer Anschließung entzogen. Dieses Resultat kann auch keineswegs befremden; wie der Berufungskläger es in der Hand hat, selbst eine gehörig erfolgte Anschlußberufung seines Gegners durch Zurücknahme der Berufung wirkungslos zu machen, so kann er auch von vornherein durch sein Nichterscheinen dem Gegner die Gelegenheit entziehen, eine Anschlußberufung überhaupt anzubringen. Der Berufungsbeklagte hat eben kein selbständiges Recht auf Anschlußberufung; dieselbe bleibt — hier immer abgesehen von dem Fall des § 483 Abs. 2 — jederzeit abhängig von der Hauptberufung und dem Verhalten des Berufungsklägers. Die abweichende Behandlung der Sache bei der Klage, der Berufung und der Revision, welche in Gemäßheit des außergerichtlich zugestellten Schriftsatzes

Digitized by Google

auch in Abwesenheit des Gegners verhandelt werden können, erklärt sich aus der erhöhten Bedeutung, welche hier der Zustellung des Schriftsatzes vom Gesetz beigelegt worden ist; die Erhebung der Klage, die Einlegung der Berufung und der Revision besteht gerade in der außergerichtlichen Zustellung eines Schriftsatzes. Eine gleiche Bestimmung hat das Gesetz aber für die Anschlußberufung nicht getroffen und lag dazu auch bei der Unselbständigkeit dieses Rechtsbehelfs keine Veranlassung vor. Gegenüber dem Berufungskläger, welcher seine Berufung durch Nichterscheinen im Stich läßt, dem Gegner die Möglichkeit zu sichern, nach Ablauf der Berufungsfrist das Urtheil noch im Wege der Anschlußberufung auszufechten, erscheint so wenig durch das Bedürfniß geboten, wie die C. P. O. dazu eine Handhabe bietet. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 7. März 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 71 S. 103. 104.

2. Da die Entscheidung des Berufungsgerichtes sich innerhalb der durch die Anträge bestimmten Grenzen zu bewegen hat (§§ 487. 499 C. P. O.), und die Stellung eventueller, d. h. solcher Anträge, welche nur unter der Bedingung gestellt werden, daß dem prinzipalen Antrage nicht stattgegeben werde, unzweifelhaft zulässig erscheint, so **kann eine Anschlußberufung auch eventuell, d. h. für den Fall erhoben werden, daß dem in erster Linie erhobenen Antrage, die Berufung des Gegners zu verwerfen, vom Berufungsgerichte nicht sollte stattgegeben werden.** Ein derartiger eventueller Antrag enthält nichts, was gegen die Vorschriften der Civilprozeßordnung verstößt, die Rechte des Berufungsklägers werden dadurch nicht beeinträchtigt und das Berufungsgericht ist zu der Zeit, wo es die Entscheidung zu treffen hat, in der Lage, vollständig übersehen zu können, ob die Eventualität, für welche der im Wege der Anschlußberufung gestellte Antrag geltend gemacht wird, eingetreten ist oder nicht. Wenn der prinzipale Antrag auf Verwerfung der Berufung für durchgreifend erachtet wird, entfällt damit die Nothwendigkeit der Prüfung des eventuellen Antrages; umgekehrt aber ist diese Nothwendigkeit alsbald gegeben, wenn das Berufungsgericht die Beschwerde des Berufungsklägers für begründet ansieht. Im Falle der Nichtzulassung einer solchen eventuellen Anschlußberufung würden die Interessen des Berufungsbeklagten geschädigt; denn nicht selten wird eine Prozeßpartei — und zwar namentlich dann, wenn die Entscheidung des Prozesses von einem ihr auferlegten Eide abhängig gemacht ist, den sie mit gutem Gewissen glaubt leisten zu können — in erster Linie wünschen müssen, daß ein Urtheil erster Instanz, ungeachtet es sie vielleicht beschwert, aufrechterhalten werde, weil sie dadurch die Gewißheit erlangt, daß sie den Prozeß endgültig gewinnen wird, während sie an der Rüge der vielleicht vorliegenden formellen oder materiellen Verstöße, weil möglicherweise zu weiteren Beweiserhebungen führend, nur unter der Voraussetzung, daß die Berufung des Gegners für begründet erklärt wird, ein Interesse hat. Diese Auffassung des Gesetzes entspricht auch dem Zwecke, welchen der Gesetzgeber bei Erlaß der die Anschließung in weitgehendem Umfange zulassenden Vorschriften verfolgte, überflüssige Rechtsmittel, soviel wie thunlich zu vermeiden. Erwägungen dieser Art haben denn auch im Geltungsgebiete der bürgerlichen Prozeßordnung in Hannover, in welcher die Anschlußberufung in demselben Umfange wie nach dem Systeme der Civilprozeßordnung zugelassen war, dahin geführt,

Digitized by Google

daß sowohl die Theorie als die Praxis eine eventuelle Anschlußberufung in dem oben erörterten Sinne für zulässig erachtet haben. (Vgl. Leonhardt, Die Lehre von der Berufung S. 75 und v. Düring, Praktische Erörterungen, im Hannover'schen Magazin Bd. 4 S. 357.) — (R. G. 17. III. 85.) R. C. XIII. (92.) 359. 360. U. u. A. I. (287.) 466. 467.

3. **Unzulässigkeit einer Anschlußberufung für den Fall, daß der Berufung des Gegners stattgegeben werde.** Zwar ist jegliche Anschlußberufung, dafern sie erst nach Ablauf der Berufungsfrist erfolgte, vom Gesetz selbst (§ 483 der C. P. O.) an die Voraussetzung der Existenz und der formalen Zulässigkeit der Berufung geknüpft, dagegen unterfällt im Uebrigen die Anschlußberufung denselben Grundsätzen, wie die Berufung selbst. **Sowenig wie die Einlegung der Berufung kann auch die Einlegung der Anschlußberufung an eine Bedingung geknüpft werden.** Die Einlegung eines Rechtsmittels ist ein Prozeßschritt. Derselbe ist zunächst etwas Thatsächliches; er wird entweder gethan oder er wird nicht gethan; seine Vornahme selbst kann der Natur der Sache nach nicht bedingt geschehen. Die Zufügung einer Bedingung ist vielmehr nur in dem Sinn möglich, daß mit der Vornahme des Prozeßschritts zugleich die Erklärung eines bedingten Verzichts auf dessen Rechtsfolgen verbunden wird. Bei der Einlegung eines Rechtsmittels ist daher die Zufügung einer Bedingung nur in dem Sinn möglich, daß mit der unbedingten Einlegung desselben zugleich für den Fall des Eintritts einer gestellten Bedingung dessen Zurücknahme erklärt wird. Hieraus folgt aber zugleich, daß nur die Zufügung einer solchen Bedingung zulässig erscheinen kann, deren Eintritt oder Nichteintritt sich innerhalb derjenigen Zeit entscheiden muß, innerhalb deren überhaupt die einseitige Zurücknahme des eingelegten Rechtsmittels zulässig ist. **Bei der Anschlußberufung, wie bei der Berufung, kann daher nur die Zufügung einer solchen Bedingung zulässig erscheinen, deren Eintritt oder Nichteintritt sich vor der mündlichen Verhandlung über dieselbe entscheidet** (§ 476). Die Zufügung einer anderen Bedingung, insbesondere aber einer solchen, deren Eintritt oder Nichteintritt sich sogar erst nach beendeter mündlicher Verhandlung entscheidet, stellt sich als durchaus unzulässig dar und macht das eingelegte Rechtsmittel selbst zu einem unzulässigen. Am allerwenigsten kann die Rechtswirksamkeit einer eingelegten Anschlußberufung von der Bedingung abhängig gemacht werden, daß der Berufung selbst stattgegeben werde. Die Anschlußberufung ist, abgesehen von den oben erwähnten Erfordernissen des § 483, ein durchaus selbständiges Rechtsmittel, dessen Tendenz es ist, auch im Fall der Zurückweisung der Berufung und ganz vornehmlich in diesem Fall eine Abänderung des angefochtenen Urtheils zu erlangen, und sie würde dieser Selbständigkeit gänzlich entkleidet werden, wenn ihre rechtliche Wirkung durch den Ausfall der richterlichen Entscheidung über die Berufung bedungen und ihr diese Wirkung nur für den Fall beigelegt werden sollte, daß eine der Berufung günstige Entscheidung beschlossen wird. So wenig es angängig ist, die Erhebung einer Widerklage an die Bedingung, daß die Klage von Erfolg sei, zu knüpfen und sie als nicht erhoben anzusprechen für den Fall, daß die Klage abgewiesen werde, sowenig vermag es zulässig zu erscheinen, eine Anschlußberufung an die Bedingung, daß

Digitized by Google

die Berufung von Erfolg sei, zu knüpfen, und sie für den Fall der Zurückweisung des letzteren als nicht eingelegt bezeichnen zu wollen. Eine solche Prozedur ist unzulässig und ohne alle rechtliche Wirkung. Urtheil des O. L. G. zu Jena vom 8. Oktober 1883. Bl. für Rechtspflege in Thüringen ꝛc. Bd. 31 S. 125. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 159 S. 239. 240.

4. Durch Einlegung der Berufung gelangt der ganze Rechtsstreit in die Berufungs-Instanz; der Eintritt der Rechtskraft des angefochtenen Urtheils wird gehemmt, nicht bloß gegenüber dem anfechtenden Theil, sondern auch abweichend vom bisherigen Recht, gegenüber seinem Gegner. Die C. P. O. gestattet dem Berufungsbeklagten, sich der Berufung anzuschließen, selbst wenn er auf die Berufung verzichtet hat, oder wenn die Berufungsfrist verstrichen ist (§ 482). Aber die Anschlußberufung ist, wenn sie nicht innerhalb der Nothfrist erhoben worden, kein selbständiges Rechtsmittel; sie ist von der Hauptberufung abhängig und verliert ihre Wirkung, wenn die Berufung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird (§ 483). **Aus dem Wesen der Anschlußberufung ergibt sich hiernach, daß sie nur gegen diejenige Partei eingelegt werden kann, welche die Hauptberufung zur Hand genommen hat. Es kann somit auch der Berufungsbeklagte einem Streitgenossen gegenüber, welcher nicht die Berufung eingelegt hat, eine Anschlußberufung nicht einlegen.** Streitgenossen stehen nach § 58 der C. P. O., soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzes sich ein Anderes ergibt, dem Gegner dergestalt als Einzelne gegenüber, daß die Handlungen des einen Streitgenossen dem andern weder zum Vortheil noch zum Nachtheil gereichen. Urtheil des O. L. G. zu Hamm vom 10. Oktober 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 62 S. 93 f.

5. **Daß der Berufungskläger nicht erschienen ist, hindert den Berufungsbeklagten nicht, seine durch vorbereitenden Schriftsatz angekündigte Anschließung an die Berufung geltend zu machen.** Die Anschließung verliert zwar ihre Wirksamkeit, wenn die Berufung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird (§ 483 der R. C. P. O.). **Der Umstand aber, daß der Berufungskläger im Verhandlungstermine nicht erschienen ist, steht in dieser Beziehung der Zurücknahme der Berufung nicht gleich,** was in Betreff der Revision von dem R. G. (Annalen VII S. 285; Entsch. VIII S. 380) aus Gründen angenommen worden ist, welche auch auf die Berufung passen. Die gegen diese Entscheidung erhobenen Bedenken (Zeitschr. f. deutschen C. P. Bd. 7 S. 67) erscheinen nicht erheblich. Die Anschließung an die Berufung des Gegners, für welche die R. C. P. O. den Ausdruck Anschlußberufung nicht gebraucht, ist keineswegs gleich der Berufung ein Rechtsmittel, hat vielmehr, abgesehen von dem Fall des § 483 Abs. 2, nur die Bedeutung, daß der Berufungsbeklagte befugt ist, auch seinerseits Anträge zu stellen, welche die Grenze bestimmen, innerhalb welcher der Rechtsstreit vor dem Berufungsgerichte von Neuem zu verhandeln und zu entscheiden ist (Entscheidungen Bd. VII S. 345). Es ist daher unzulässig, aus den Bestimmungen, welche die Einlegung der Berufung betreffen, Schlüsse bezüglich der Geltendmachung der Anschließung zu ziehen. Zu letzterem Zwecke ist die Stellung des Antrags bei der mündlichen Verhandlung erforderlich, aber auch genügend. Die Anträge

Digitized by Google

der Parteien werden aber nicht an den Gegner, sondern an das Gericht gerichtet. Der Gegner kommt dabei nur insofern in Betracht, als der Entscheidung des Gerichts über den Antrag eine Verhandlung unter den Parteien vorausgehen muß. Hierzu aber ist nicht erforderlich, daß wirklich eine Verhandlung unter den Parteien stattfindet, sondern es genügt, daß denselben unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften (vgl. § 300 Nr. 2 Nr. 3) Gelegenheit zur mündlichen Verhandlung gegeben war. (Annalen Bd. VII S. 285; Entsch. Bd. VIII S. 380.) — (R. G. 26. I. 84.) A. IX. (110.) 446. 447. R. C. XII. (126.) 434—436. (R. G. 17. III. 85 f. R. C. XIII. (92.) 358.)

6. Es ist unzutreffend, wenn einige Kommentatoren (Gaupp zu § 504, II. Abs. 2; Wilmowsky u. Levy zu § 504, 1; Endemann zu § 483, 1 b und Nr. 2, und zu § 504, I) aus der Vorschrift des § 483 die Folgerung ziehen, daß auch ein gegen den Berufungskläger erlassenes Versäumnißurtheil die Unwirksamkeit der Anschlußberufung zur Folge habe, weil ja die Versäumniß des Berufungsklägers materiell als ein Verzicht auf die Berufung anzusehen sei und die Motive (S. 299) mit Hülfe dieses Begriffs die den Kläger und den Berufungskläger betreffenden Kontumazialfolgen konstruiren. Vermöge dieser juristischen Konstruktion wird die Versäumniß des Berufungsklägers nicht zu einem Akt der Zurücknahme der Berufung und nur von einem solchen handelt der § 483 Abs. 1. Die Versäumniß kann in Wirklichkeit ganz andere Gründe haben als einen gewollten Verzicht, wie z. B. Nachlässigkeit der Partei oder des Anwalts, kasuelle Verhinderung u. s. w. **Es kann daher auch nicht als richtig anerkannt werden, daß eine in gehöriger Weise erfolgte Anschlußberufung durch ein im weiteren Verlauf des Verfahrens gegen den Berufungskläger ergehendes Versäumnißurtheil ihre Wirkung verliere**; denn weder läßt die Fassung des § 483 Abs. 1 es zu, neben den daselbst angeführten Gründen der Wirkungslosigkeit noch andere zu statuiren, noch kann man sagen, der Berufungskläger, gegen welchen ein Versäumnißurtheil ergangen ist, habe seine Berufung zurückgenommen. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 7. März 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 71 S. 103.

§ 484.

§ 484.

Der Berufungsbeklagte hat dem Berufungskläger die Beantwortung der Berufung innerhalb der ersten zwei Dritttheile der Zeit, welche zwischen der Zustellung der Berufungsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegt, mittels vorbereitenden Schriftsatzes zustellen zu lassen.

Der Schriftsatz soll insbesondere die Anträge sowie die Angabe der neuen Thatsachen und Beweismittel enthalten, welche der Berufungsbeklagte geltend zu machen beabsichtigt.

3. Verfahren vor dem Berufungsgerichte.

§ 485.

§ 485.

Auf das weitere Verfahren finden die in erster Instanz für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit nicht Abweichungen aus den Bestimmungen dieses Abschnitts sich ergeben.

§§ 313—319, §§ 136—141.

Digitized by Google

S. § 128 ad R. C. VIII. (87.) 325. 326 und § 487 ad R. C. VIII. (88.) 326—328.

§ 486. **§ 486.**

Die mündliche Verhandlung ist, wenn an dem für dieselbe bestimmten Tage die Berufungsfrist noch nicht verstrichen ist, auf Antrag des Berufungsbeklagten bis zum Ablaufe der Frist, und wenn der Berufungsbeklagte gegen das Urtheil den Einspruch erhoben hat, auch von Amtswegen bis zur Erledigung des Einspruchs zu vertagen.

§ 656.

§ 487. **§ 487.**

Vor dem Berufungsgerichte wird der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von Neuem verhandelt.

§§ 480, 484 Abs. 2, 491, 240 Nr. 2, 3.

1. **Durch die Anträge der Parteien wird der Streitstoff zunächst nur in materieller Beziehung abgegrenzt, und jedenfalls nicht in Ansehung solcher Prozeßfragen, welche nicht dem Belieben der Parteien unterliegen.** Zu solchen Fragen aber gehört die, ob im Falle eines reformatorischen Erkenntnisses die Sache von dem Rechtsmittelgerichte endgültig zu entscheiden, oder zu weiterer Verhandlung und Entscheidung an eine untere Instanz zurückzuverweisen ist. Hierüber hat das Gesetz ohne Rücksicht auf Parteianträge die Bestimmungen getroffen. (R. G. 8. IV. 85.) R. C. XIV. (101.) 357.

2. **Bedeutung der schriftlichen Berufungsanträge für die mündliche Verhandlung in der Berufungsinstanz.** (R. G. 13. II. 83.) S. hierüber bei § 480 ad R. C. VIII. (41.) 163.

3. **Umfang der dem Berufungsgerichte obliegenden Sachprüfung.** Innerhalb der durch die Anträge bestimmten Grenzen hat das Berufungsgericht nach §§ 487 und 489 C. P. O. selbständig, und ohne an die rechtlichen Gesichtspunkte der Parteien gebunden zu sein, den Prozeßstoff in allen Beziehungen von neuem zu prüfen. **Es muß sich also die Frage vorlegen, ob in der Gesammtheit der von den Parteien in erster Instanz geltend gemachten, bezw. zugestandenen, und als Prozeßstoff in die Berufungsinstanz hinüber genommenen Thatsachen Veranlassung gegeben sei, bei im Uebrigen zu Gunsten des Klägers erfolgender Abänderung die eventuelle Condemnationssumme zu irgend einem Betrage herabzumindern.** (R. G. 30. IV. 81.) R. C. IV. (120.) 422. 423. A. III. (178.) 634.

4. **Der Berufungsrichter darf den in den Akten erster Instanz enthaltenen Prozeßstoff seiner Entscheidung nicht zu Grunde legen, wenn er bei der Verhandlung der Berufung von den Parteien nicht wieder mündlich vorgetragen ist.** Der dem Verfahren nach der Civilprozeßordnung zu Grunde liegende, wie für die erste Instanz, so auch für die Berufungsinstanz geltende Grundsatz der Mündlichkeit (C. P. O. §§ 485. 487. 488. 246. 119) besteht darin, daß der Rechtsstreit unmittelbar vor den zu seiner Entscheidung berufenen Richtern verhandelt wird, daß das erkennende Gericht in betreff des thatsächlichen Stoffes eines Rechtsstreites einerseits alles, was bei der Verhandlung mündlich vorgetragen wird, andererseits aber auch nur dieses zu berücksichtigen hat. Daraus folgt, daß in der Berufungsinstanz die Berücksichtigung des thatsächlichen Vorbringens der Parteien in erster Instanz durch Wiederholung desselben in der mündlichen Berufungsverhandlung bedingt ist, und daß die schriftliche Feststellung des Parteivorbringens in erster Instanz die mündliche

Digitized by Google

Verhandlung vor dem Berufungsrichter nicht ersetzen kann. Diese Folgerung würde nur dann ausgeschlossen sein, wenn aus den über das Berufungsverfahren gegebenen besonderen Vorschriften eine solche Abweichung von dem für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Normen sich ergebe. Dieses ist aber nicht der Fall. Das Berufungsverfahren enthält zwar eine Fortsetzung des Verfahrens erster Instanz, es ist die Identität des Rechtsstreites festgehalten worden, und es soll der Rechtsstreit nicht in der Art von neuem verhandelt werden, als wären das Urtheil erster Instanz, die in demselben enthaltene Feststellung des Sachverhältnisses und die Beweisverhandlungen nicht vorhanden, indem stets die Richtigkeit des angefochtenen Urtheils zu prüfen bleibt und diese an das dem Gerichte vorliegende Urtheil sich anschließen muß. Allein daraus folgt nicht, daß der gesammte in den Akten erster Instanz ruhende Prozeßstoff in der Art als Berufungsprozeßstoff gelte, daß das Berufungsgericht denselben von Amts wegen berücksichtigen müßte oder auch nur dürfte, auch wenn derselbe nicht mündlich vorgetragen ist. Es ist vielmehr in § 487 C. P. O. vorgeschrieben, daß der Rechtsstreit vor dem Berufungsgerichte in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt wird, und in § 488 Vorsorge getroffen, daß das für die Entscheidung des Berufungsgerichtes wesentliche, thatsächliche Vorbringen erster Instanz, soweit dasselbe schriftlich festgestellt ist, dem Berufungsgerichte mündlich vorgetragen wird, indem nicht allein den Parteien aufgegeben ist, das durch die Berufung angefochtene Urtheil, sowie die diesem Urtheile vorausgegangenen Entscheidungen nebst den Entscheidungsgründen und den Beweisverhandlungen insoweit vorzutragen, als dieses zum Verständnisse der Berufungsanträge und zur Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung erforderlich ist, sondern auch dem Vorsitzenden zur Pflicht gemacht ist, im Falle der Unvollständigkeit des Vortrages dessen Vervollständigung, nöthigenfalls unter Wiedereröffnung der Verhandlung zu veranlassen, und für eine erschöpfende Erörterung der Sache Sorge zu tragen (§§ 127. 130). Die Geltung des Prinzips der Mündlichkeit ist ferner in § 499 zum Ausdrucke gelangt, indem danach über die in erster Instanz verhandelten, aber nicht entschiedenen Streitpunkte, über welche in zweiter Instanz eine Entscheidung erforderlich wird, vor dem Berufungsgerichte verhandelt werden soll. (R. G. 25. I. 81.) R. C. IV. (102.) 369. 370. A. III. (151.) 537. 538. S. hierüber noch bei §§ 488. 494. 495. 504 ad R. C. IV. (102.) 371 ff. A. III. (151.) 538 ff.

5. **Der Berufungsrichter darf seine Entscheidung nicht auf Urkunden stützen, über welche die Parteien nur in erster Instanz mündlich verhandelt haben.** Auch für ihn, wie für den ersten Richter gilt die Regel, daß er in Betreff des thatsächlichen Stoffes alles, aber auch nur dasjenige zu berücksichtigen hat, was vor ihm mündlich vorgetragen worden ist (§§ 119. 128. 246. 485 C. P. O.). In der zweiten Instanz wird der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt, und die Parteien haben insbesondere die Beweisverhandlungen insoweit vorzutragen, als dies zur Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung erforderlich ist (§§ 487. 488 C. P. O.). Wenn daher der Berufungsrichter die Kenntnißnahme von diesen Beweisverhandlungen für

Digitized by Google

erforderlich hält, um sich über die Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung ein Urtheil zu bilden, so hat er die Fortsetzung und Vervollständigung der Verhandlung zu veranlassen (§ 127 C. P. O.). (R. G. 20. XI. 82.) R. C. VIII. (88.) 326—328. (S. auch § 128 ad R. C. VIII. (87.) 325. 326.)

6. **Es ist Pflicht des Berufungsrichters, über alle, den seiner Beurtheilung unterstellten Antrag betreffenden Streitpunkte selbst dann zu verhandeln, und zu entscheiden, wenn in erster Instanz darüber noch nicht verhandelt und entschieden war.** (R. G. 7. III. 85.) U. u. A. I. (288.) 468.

7. **Pflichten des Berufungsrichters** (§§ 487, 499, 574 der C. P. O.), **wenn in erster Instanz mehrere Ehescheidungsgründe behauptet waren und nur wegen eines derselben geschieden worden ist** (ohne daß natürlich der obsiegende Kläger dagegen Berufung einlegte). (R. G. 7. III. 85.) U. u. A. I. (288.) 467.

8. **Die reformatio in pejus ist ausgeschlossen.** (R. G. 30. IV. 81.) R. C. IV. (120.) 422. A. III. (178.) 630 f.

9. Die Festsetzung der Kondemnationssumme gehört zu dem vom Richter (unabhängig von den Parteivorträgen) selbständig zu bearbeitenden Prozeßstoff. Entsch. des R. G.'s v. 30./4. 81.

§ 488. **§ 488.**

Bei der mündlichen Verhandlung haben die Parteien das durch die Berufung angefochtene Urtheil sowie die dem Urtheile vorausgegangenen Entscheidungen nebst den Entscheidungsgründen und den Beweisverhandlungen insoweit vorzutragen, als dies zum Verständnisse der Berufungsanträge und zur Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung erforderlich ist.

Im Falle der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Vortrags hat der Vorsitzende dessen Berichtigung oder Vervollständigung, nöthigenfalls unter Wiedereröffnung der Verhandlung zu veranlassen.

1. Ueber **die Bedeutung des Inhaltes des dem Berufungsgerichte vorgetragenen Thatbestandes des Urtheils erster Instanz für die thatsächliche Feststellung des Berufungsgerichtes.** (R. G. 30. IV. 81.) S. R. C. IV. (120.) 420. 421. A. III. (178.) 630 f.

2. **Der Berufungsrichter darf den in den Akten erster Instanz enthaltenen Prozeßstoff seiner Entscheidung nicht zu Grunde legen, wenn er bei der Verhandlung der Berufung von den Parteien nicht wieder mündlich vorgetragen ist.** Nach § 488 sollen die dem angefochtenen Urtheile vorausgegangenen Entscheidungen, soweit sie für die abzugebende Entscheidung in Betracht kommen, von den Parteien vorgetragen werden. Was überhaupt bei der Entscheidung in Berücksichtigung kommen muß, ist durch den Vortrag der Parteien, nöthigenfalls auf Anhalten des Vorsitzenden, dem erkennenden Gerichte mitzutheilen, ein Verfahren, wodurch das Berufungsgericht von dem thatsächlichen Inhalte der Verhandlungen erster Instanz, soweit derselbe in den Akten festgestellt ist, ohne Mitwirkung der Parteien in Kenntniß gesetzt würde, kennt die Civilprozeßordnung nicht. Der Vorsitzende, wie die Mitglieder des Gerichts, welchen unbenommen ist, von dem Inhalte der Akten Kenntniß zu nehmen, haben die Vollständigkeit und Richtigkeit der Vorträge der Parteien, insbesondere bezüglich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte, zu überwachen. Aber eine unmittelbare Berücksichtigung des nicht zum Vortrag gelangten Inhaltes der Akten gestattet die Civilprozeßordnung nicht; sie

Digitized by Google

eröffnet nur, wenn nach Schluß der Verhandlung, bei der Berathung Bedenken über die Vollständigkeit des Vortrages entstehen, oder sich ergibt, daß die Sache in irgend einem Punkte nicht vollständig erörtert sei, den Weg der Wiedereröffnung der Verhandlung, um durch eine Vervollständigung der Verhandlung die Berücksichtigung des bisher nicht mitgetheilten Prozeßstoffes zu ermöglichen. (R. G. 25. I. 81.) R. C. IV. (102.) 371. 372. A. III. (151.) 539. S. hierüber auch bei § 487 ad R. C. IV. (102.) 369. 370.

3. Nach § 119 der C. P. O. ist die Verhandlung der Parteien vor dem erkennenden Gericht eine mündliche. Nach § 259 hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. Es ist hier das Prinzip der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit zum Ausdruck gebracht, das in voller Reinheit durchgeführt als nothwendige Konsequenz ergibt, daß der Richter Zeugenaussagen nur berücksichtigen darf, wenn das Verhör vor dem erkennenden Gericht stattgefunden hat. Als Regel stellt auch die C. P. O. diesen Satz auf, läßt aber im § 340 mehrfache Ausnahmen zu, indem unter gewissen Umständen das Prozeßgericht einem seiner Mitglieder oder einem anderen Gericht die Aufnahme des Zeugenbeweises übertragen kann. Das darüber aufgenommene Protokoll ist dann Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Nach § 488 darf der Berufungsrichter die Beweisverhandlungen 1. Instanz als Beweisgrund benutzen, soweit dieselben in der mündlichen Verhandlung vorgetragen sind; **Zeugenaussagen** dagegen, **welche nur im Thatbestand des I. Urtheils beurkundet sind, darf der Berufungsrichter seiner Entscheidung nicht zum Grunde legen.** (Entsch. des R. G.'s Bd. 14 S. 379. 383; in Seuffert Archiv Bd. 41 Nr. 245.) Gilt dies schon von dem Inhalt der Aussagen der Zeugen, also einem thatsächlichen Vorgang, welchen das Prozeßgericht in seinem Thatbestande bezeugt hat, so muß **derselbe Grundsatz** unfraglich **auf bloße Eindrücke Anwendung** finden, **die der Richter I. Instanz beim Zeugenverhör durch das persönliche Auftreten der Zeugen gewonnen und für die Beurtheilung ihrer Glaubwürdigkeit verwerthet hat.** Derartige Eindrücke sind durchaus berechtigte Hülfsmittel für die Würdigung eines Zeugen demjenigen Richter, welchem die Persönlichkeit des Zeugen sinnlich wahrnehmbar geworden ist; aber vermöge ihrer bloß persönlichen Bedeutung entbehren sie des objektiven Maßstabs, auf welchen derjenige Richter, vor dem der Zeuge nicht vernommen worden, in der Beurtheilung seiner Aussage gewiesen ist. Verwirft dieser Richter eine Beweisantretung zur Aufzeigung der Unzuverlässigkeit des Zeugen deßhalb, weil letzterer dem vernehmenden Richter einen guten Eindruck gemacht habe, so stellt er gegen das Gesetz die ihm obliegende selbständige Beweiswürdigung hinter die Empfindungen und Auffassungen des vernehmenden Richters zurück. Urtheil des Reichsgerichts v. 19. März 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 255 S. 357.

4. **Es bildet keinen Revisionsgrund, wenn das Berufungsgericht einen in der ersten Instanz selbst vernommenen und für unglaubwürdig erachteten Zeugen durch einen ersuchten Richter abhören läßt und ihn für glaubwürdig hält.** Nach den Vorschriften der §§ 320 Abs. 2, 510 eod. läßt sich auf

Digitized by Google

die geschehene Wahl unter den Arten der Beweisaufnahme, die § 320 vorsieht, kein Angriff in der Revisionsinstanz stützen. Ebenso kann, da nach § 488 der R. C. P. O. auch die Beweisverhandlungen erster Instanz der Prüfung in der Berufungsinstanz unterliegen und danach das Berufungsgericht die Glaubwürdigkeit eines erstinstanzlichen vernommenen Zeugen lediglich nach dem wiedergegebenen Inhalt seiner Aussage abweichend vom Gericht erster Instanz zu beurtheilen nicht verhindert ist, eine Gesetzesverletzung auch nicht darin gefunden werden, daß das Berufungsgericht von einem persönlichen Eindruck eines Zeugen, den er auf das Prozeßgericht erster Instanz gemacht hat, abstrahirt, ohne sich selbst Gelegenheit zur Erlangung eines unmittelbaren Eindrucks verschafft zu haben. (R. G. 28. XII. 81.) A. V. (44.) 202. 203.

§ 489. **§ 489.**

Eine Aenderung der Klage ist selbst mit Einwilligung des Gegners unstatthaft.

§§ 235, 240—242.

1. Wenn hier ausgesprochen wird, daß eine Aenderung der Klage selbst mit Einwilligung des Gegners unstatthaft sei, so wollte damit nur den Parteien das Recht entzogen werden, noch in der zweiten Instanz einen neuen Klagegrund herbeizuziehen und zum gerichtlichen Austrag zu bringen. Diese Beschränkung der Parteienrechte findet ihren Grund in der Rücksichtnahme auf die Erhaltung eines geordneten Rechtsganges, aber sie greift nicht Platz in einem Falle, wo der Berufungsrichter nach Prüfung des Parteivorbringens zu der Ueberzeugung gelangt, daß eine Klagänderung gar nicht stattgefunden hat. **Die Entscheidung, womit der Richter, sei es in einem Zwischenurtheil oder in den Gründen seines Endurtheiles, das Vorhandensein einer Klagänderung verneint, muß sowohl für die erste als für die zweite Instanz nach dem hierfür maßgebenden Grundsatze des § 242 C. P. O. als unanfechtbar betrachtet werden.** (R. G. 3. XII. 80.) R. C. III. (102.) 372. (R. C. III. (118.) 415. 416.)

2. **Die auch in der Berufungsinstanz zulässige Erweiterung eines Klagantrags darf mit keiner Aenderung des Klaggrundes verbunden sein.** (B. O. L. 25. V. 83.) S. X. (42.) 109.

3. **Der Kläger, dessen in erster Instanz gestellten Anträgen gemäß erkannt ist, darf die Berufung nicht einlegen, um seine Anträge in zweiter Instanz zu erweitern und eine umfassendere Verurtheilung des Beklagten herbeizuführen.** (R. G. 30. IV. 84.) S. bei § 491 ad A. X. (68.) 269—274.

4. **Die Geltendmachung einer Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses im zweiten Rechtszuge an Stelle der bereits erhobenen Klage auf Leistung aus dem strittigen Rechtsverhältnisse enthält eine unzulässige Klagänderung.** (B. O. L. 4. III. 82.) S. IX. (169.) 522.

5. **Aus der Gestattung von Feststellungsklagen folgt nicht die allgemeine Zulässigkeit des Vorbehalts einer Liquidationsinstanz. Nachholung der Schadensspezifikation in der zweiten Instanz als Klagänderung.** Erk. des O. L. G. zu Braunschweig vom 10. Juli 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 181 S. 259. 260. S. hierüber bei § 231.

6. Bei Klaganssprüchen aus einer Zession ist jedes Vorbringen, welches einen andern als den ursprünglich behaupteten Zessionsvertrag an-

Digitized by Google

ruft, als eine (in der Berufungsinstanz unzulässige) Klageänderung anzusehen. Entsch. des R. G. v. 15/12. 81.

7. **Es ist eine nach § 489 der R. C. P. O. unzulässige Aenderung der Klage, wenn der bei Anstellung der Klage zur Sache nicht legitimirte Kläger sich zur nachträglichen Begründung der Klage darauf beruft, daß er im Laufe des Prozesses die alleinige Verfügungsbefugniß erworben hat.** (R. G. 6. X. 80.) A. II. (119.) 509. 510.

8. **Wenn die Klagbehauptung, daß nach vorliegender Uebereinkunft eine Forderung mit dem ihm anhaftenden Hypothekarrechte übertragen worden sei, vor dem Berufungsgerichte durch das Vorbringen ersetzt wird, daß die fragliche Uebertragung ohne dieses Hypothekenrecht stattgefunden habe, so ist keine Klageänderung gegeben.** (B. O. L. 10. X. 1880.) S. VIII. (203.) 561.

9. **In Ehesachen ist die Geltendmachung neuer Klaggründe auch noch in der Berufungsinstanz zulässig.** (B. O. L. 22. V. 82.) S. hierüber § 574. — S. IX. (204.) 614. 615.

10. **Wenn an die Stelle eines auf die Herausgabe bestimmter hinterlegter Werthpapiere gerichteten Anspruches ein Anspruch auf Schadenersatz durch Lieferung von Werthpapieren gleicher Gattung und gleichen Nennwerthes (also ein völlig verschiedener Anspruch) gesetzt wird, so liegt hierin eine Klageänderung.** (R. G. 26. I. 83.) R. C. X. (101.) 342.

11. **Eine Klageänderung liegt nicht vor, wenn ein auf Grund des § 107 (120) G. O. erhobener Schadenersatzanspruch in erster Instanz auf den Mangel einer Schutzvorrichtung überhaupt, in zweiter Instanz aber darauf gestützt wird, daß die vorhandene Schutzvorrichtung untauglich gewesen sei.** War es schon im früheren gemeinrechtlichen Prozesse statthaft, daß sich der Verletzte in der Klage allgemein auf die Unterlassung geeigneter Schutzvorrichtungen bezog und wurde dort eine allgemeine Beweisauflage über das „Verschulden" des Beklagten zugelassen, so muß es noch mehr im neuen Verfahren zulässig sein, daß der Kläger im ganzen Verlaufe der Verhandlung diejenigen einzelnen Momente für sich anführe, aus denen er einen Verstoß des Beklagten gegen die angezogene Vorschrift der Gewerbeordnung folgern zu können glaubt. Darf daher der Kläger in erster Instanz noch in der Schlußverhandlung seinen Anspruch darauf stützen, daß der Beklagte entweder überhaupt keine Schutzvorrichtung angebracht habe, oder doch, daß die wirklich vorhandene Vorrichtung unzulänglich gewesen sei, so ist er auch in zweiter Instanz, in welcher die Sache gemäß § 487 von Neuem verhandelt wird, zum Nachbringen der zuletzt erwähnten Behauptung berechtigt. (R. G. 4. VII. 82.) R. C. VII. (125.) 416—418.

12. **Der in Markenschutzsachen in der Berufungsinstanz erhobene Anspruch auf Löschung des Eintrags anderer (weiterer) Marken, als in der ersten Instanz gefordert wurde, ist eine unzulässige Klageänderung.** (R. G. 27. IX. 81.) A. IV. (96.) 328. 329.

§ 490.

§ 490.

Prozeßhindernde Einreden, auf welche die Partei wirksam verzichten kann, dürfen nur geltend gemacht werden, wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, dieselben in erster Instanz vorzubringen.

Digitized by Google

Die Verhandlung zur Hauptsache darf auf Grund prozeßhindernder Einreden nicht verweigert werden; das Gericht kann jedoch die abgesonderte Verhandlung über solche Einreden auch von Amtswegen anordnen.

§ 465 Abs. 2.

1. **Ausschluß einer erst in der Berufungsinstanz vorgebrachten prozeßhindernden Einrede — hier der Einrede der örtlichen Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts ohne gleichzeitige Glaubhaftmachung durch die Partei, daß sie unverschuldet dieselbe in erster Instanz nicht habe vorbringen können.** Die in § 490 Abs. 1 enthaltene Bestimmung läßt die Geltendmachung prozeßhindernder Einreden in der Berufungsinstanz nur dann zu, wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außer Stand gewesen sei, dieselbe in erster Instanz vorzubringen. Daß diese Bestimmung nur den Fall im Auge habe, wenn bereits in der Hauptsache selbst Devolution eingetreten sei, läßt sich aus ihrem Wortlaute nicht folgern; auch der Absatz 2 des § 490 berechtigt nicht zu dieser Annahme; denn er bestimmt lediglich, daß, wenn auch eine prozeßhindernde Einrede in der Berufungsinstanz nach Maßgabe des Abs. 1 zulässig sein sollte, doch nicht, wie in erster Instanz, auf Grund derselben die Verhandlung zur Hauptsache verweigert werden kann. Dagegen ergibt sich der auf den Ausschluß einer jeden prozeßhindernden Einrede in der Berufungsinstanz, von welcher nicht glaubhaft gemacht werden kann, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, dieselbe in erster Instanz vorzubringen, und zwar gleichviel, ob bereits zur Hauptsache in erster Instanz verhandelt wurde oder nicht, gerichtete Sinn dieser Gesetzesbestimmung zweifellos aus der im § 247 Abs. 1 der R. C. P. O. enthaltenen Vorschrift, daß prozeßhindernde Einreden gleichzeitig vorzubringen sind. Hiernach ist es der Partei nicht gestattet, prozeßhindernde Einreden innerhalb des Vorverfahrens einzeln nacheinander geltend zu machen, vielmehr ist jede weitere prozeßhindernde Einrede, auf welche wirksam verzichtet werden kann, nach dem Schlusse der Verhandlung über die wirklich vorgebrachte prozeßhindernde Einrede ausgeschlossen, soferne nicht glaubhaft gemacht werden kann, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, dieselbe rechtzeitig vorzubringen. Ist aber eine solche Einrede bei dem Mangel dieser Voraussetzung in erster Instanz ausgeschlossen, so muß sie es auch in zweiter Instanz sein, denn ihre Zulässigkeit in letzterer ist gemäß § 490 Abs. 1 durch die nämliche Voraussetzung bedingt. Hiergegen kann sich auch nicht auf § 500 Abs. 2 a. a. O. berufen werden. Das Gesetz ordnet in dieser Bestimmung auch in dem Falle, wenn durch das mit Berufung angefochtene Urtheil nur über prozeßhindernde Einreden entschieden ist, die Zurückverweisung der Sache an das Gericht erster Instanz an, insoferne eine weitere Verhandlung derselben erforderlich ist, also wenn z. B. die prozeßhindernde Einrede in zweiter Instanz verworfen wurde. Der Grund dieser Anordnung liegt darin, daß, falls nur über prozeßhindernde Einreden entschieden wurde, eine vollständige Devolution des Rechtsstreites an das Berufungsgericht nicht eintreten kann, da, wenn das Urtheil des Berufungsgerichtes sich auf andere Streitpunkte als die in erster Instanz entschiedenen erstrecken würde, der Gegenstand des Rechtsstreites in zweiter Instanz ein anderer wäre, als in erster Instanz. (Motive zu § 479 des Entwurfes

Digitized by Google

S. 310; Hahn, Materialien S. 359.) Eine solche Zurückverweisung wird jedoch im § 500 Abs. 2 dann ausgeschlossen, wenn mehrere prozeßhindernde Einreden in erster Instanz geltend gemacht, aber nicht alle verbeschieden wurden, weil etwa schon eine derselben zur Abweisung der Klage geführt hatte; in diesem Falle hat das Berufungsgericht, wenn es abändernd erkennen sollte, die sämmtlichen prozeßhindernden Einreden zu erledigen. Das Gesetz geht hier davon aus, daß die prozeßhindernden Einreden im Sinne der vorliegenden Frage alle zusammen nur einen Streitpunkt bilden, indem sie sich gleichmäßig auf die Pflicht des Beklagten zur Einlassung auf die Hauptsache beziehen (vgl. Motive a. a. O.). Hiernach ist aber klar, daß der § 500 Abs. 2 nicht dazu benützt werden kann, die Berechtigung zur Nachbringung einer in erster Instanz nicht vorgebrachten prozeßhindernden Einrede in der Berufungsinstanz ohne gleichzeitige Glaubhaftmachung, daß die betreffende Partei ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, dieselbe in erster Instanz vorzubringen, zu begründen, und daß durch dessen Inhalt an der im § 247 Abs. 1 enthaltenen Vorschrift der gleichzeitigen Vorbringung aller prozeßhindernden Einreden nichts geändert worden ist. Nach dem Erörterten kann daher der abweichenden Ansicht einiger Kommentatoren der R. C. P. O. (Seuffert, C. P. O., Ausg. II zu § 247 Nr. 3, Petersen, Kommentar S. 415, Zeitschrift für deutschen C. P. Bd. II S. 175 ff.) nicht beigepflichtet werden. (B. O. L. 23. X. 83.) S. X. (74.) 194—196. S. A. 39 bezw. 9 Nr. 160 S. 230 ff.

2. **Die Einrede der Unzuständigkeit in Ehesachen ist auch in zweiter Instanz zulässig**, da der Gerichtsstand für Ehescheidungssachen ein ausschließlicher ist (§ 568 der R. C. P. O.), die Einrede daher nicht zu denjenigen gehört, auf welche die Partei wirksam verzichten kann (§ 490 der R. C. P. O.) und das zur Entscheidung angerufene Gericht, auch wenn eine Einrede nicht erhoben wird, seine Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen hat. (R. G. 25. X. 83.) A. IX. (13.) 65.

§ 491.

§ 491.

Die Parteien können Angriffs- und Vertheidigungsmittel, welche in erster Instanz nicht geltend gemacht sind, insbesondere neue Thatsachen und Beweismittel vorbringen.

Neue Ansprüche dürfen, abgesehen von den Fällen des § 240 Nr. 2, 3, nur erhoben werden, wenn mit denselben kompensirt werden soll und wenn zugleich glaubhaft gemacht wird, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, dieselben in erster Instanz geltend zu machen.

§§ 472 ff., 480, 484, 487.

1. **Abs. 1. Der Kläger, dessen in erster Instanz gestellten Anträgen gemäß erkannt ist, darf die Berufung nicht einlegen, um seine Anträge in zweiter Instanz zu erweitern und eine umfassendere Verurtheilung des Beklagten herbeizuführen.** Das Gegentheil ist zwar in der Literatur — vergleiche Kries, Die Rechtsmittel des Civil- und Strafprozesses S. 51 ff., dem auch z. B. die Kommentare zur R. C. P. O. von Struckmann und Koch (4. Aufl.) Anm. 2 zu § 489 und von Seuffert (2. Aufl.) Anm. 2 zu § 489 und anscheinend auch Barazetti, Die Rechtsmittel der Berufung und Beschwerde S. 112 bis 113 und S. 120 bis 121 folgen — bejaht worden, allein es ist dies nicht richtig. Allerdings besteht das Charakteristische bei dem Rechtsmittel der Berufung nach der R. C. P. O. in dem den Parteien zustehenden Rechte auf ein novum

Digitized by Google

judicium vor dem höheren Richter und auf eine vollständige abermalige Erörterung und Würdigung des Rechtsstreites in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung, wobei die Parteien auch Angriffs- und Vertheidigungsmittel, welche in erster Instanz nicht geltend gemacht sind, insbesondere neue Thatsachen und Beweismittel vorbringen können und Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte sind, über welche in Gemäßheit der (Berufungs-) Anträge eine Verhandlung und Entscheidung erforderlich ist, selbst wenn darüber in erster Instanz nicht verhandelt und entschieden war (vergl. §§ 487, 491, 493 und 499 der R. C. P. O.). Kann man aber auch insoweit die Berufung als eine Fortsetzung des Verfahrens erster Instanz unter Ergänzungs- und Abänderungs-Möglichkeit des erstinstanzlichen Prozeßstoffes bezeichnen, so fehlt doch andererseits der Berufungsklage und dem auf dieselbe zu erlassenden Urtheile eine völlige Selbständigkeit, da die Berufungsklage immer nur auf die Anfechtung des ersten Urtheils innerhalb der durch die erstinstanzlichen Klaganträge gezogenen Grenzen gerichtet sein kann und eine Klagänderung nach § 489 der R. C. P. O. auch mit Einwilligung des Gegners unstatthaft ist, die Natur des Rechtsmittels es also mit sich bringt, daß das angefochtene Urtheil immer die Grundlage der Verhandlung und Entscheidung in der Berufungsinstanz bildet. Vergl. auch die Motive S. 305 und 306. In Folge des den Parteien gestatteten Novenrechts ist nun zwar die Verhandlung und Entscheidung in der Berufungsinstanz begrifflich nicht auf eine Prüfung der Richtigkeit des angefochtenen Urtheils nach Maßgabe des dem Ersten Richter vorliegenden Prozeßstoffes beschränkt, sondern es sind die Parteien vielmehr berechtigt, auf Grund erst in der Berufungsinstanz geltend gemachter Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, insbesondere auch neu vorgebrachter Thatsachen und Beweise, die Abänderung eines erstinstanzlichen Urtheils zu ihren Gunsten zu verlangen, obwohl dieses Urtheil nach der damaligen Sachlage durchaus gerechtfertigt war. Die Erhebung neuer Ansprüche (im Gegensatz zu neuem Vorbringen) ist aber für die Berufungsinstanz nach § 491 Abs. 2 der R. C. P. O. grundsätzlich ausgeschlossen, weil — wie es in den Motiven heißt — der Gegenstand der Berufung durch die erste Instanz fixirt ist und das Rechtsmittel sich gegen die in erster Instanz erlassene Entscheidung richtet. Nun bilden zwar die Fälle des § 240 Ziff. 2 und 3 der R. C. P. O. hiervon eine Ausnahme. Ohne Aenderung des Klagegrundes auf Erweiterung des erhobenen Anspruches in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen gerichtete Anträge sind daher auch in der Berufungsinstanz an sich noch zulässig, was sich überdies auch schon aus § 240 verglichen mit § 485 der R. C. P. O., sowie aus den Motiven S. 306 ergibt. (Vergl. Annalen Bd. IV S. 76; Entsch. Bd. IV S. 251.) Allein diese Zulässigkeit der Erweiterung der Berufungsanträge über die in erster Instanz vom Berufungskläger gestellten Anträge hinaus hat zur nothwendigen Voraussetzung, daß das Urtheil erster Instanz dem Berufungskläger mindestens formell Grund zu einer Beschwerde bietet, indem es über irgend einen von ihm geltend gemachten Haupt- oder Nebenanspruch zu seinem Nachtheile entscheidet. Wie dies nach dem früheren

Digitized by Google

gemeinrechtlichen Prozesse die Voraussetzung jeder Appellation bildete, so liegt auch kein Grund zu der Annahme vor, daß der jetzigen Deutschen Civilprozeßordnung eine abweichende Auffassung zum Grunde liege. Vielmehr ist aus verschiedenen Bestimmungen derselben das Gegentheil zu folgern. So ist nach § 279 der R. C. P. O. das Gericht überall, insbesondere auch bezüglich der Früchte, Zinsen und anderer Nebenforderungen (abgesehen von den Prozeßkosten) nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was sie nicht beantragt hat, und wenn wegen einer Nebenforderung kein Antrag gestellt ist, so gilt dieselbe (vergl. § 14 sub 5 des Einf.-Ges. und § 293 der R. C. P. O.) weder als stillschweigend aberkannt, noch ist dieserhalb ein Ergänzungsurtheil zulässig, da ein solches nach § 292 der R. C. P. O. voraussetzt, daß ein nach dem Thatbestande von einer Partei geltend gemachter Anspruch bei der Endentscheidung übergangen ist. Umsoweniger wird deßhalb angenommen werden können, daß der Gesetzgeber, wenn das ergangene Urtheil erster Instanz nicht schon aus anderen Gründen für die betreffende Partei beschwerend ist, zur Geltendmachung von Ansprüchen, die in erster Instanz gar nicht erhoben sind und nicht den Gegenstand des Rechtsstreites und der Entscheidung gebildet haben, sogar das Rechtsmittel der Berufung habe gewähren und ihr so die Umgehung der erstinstanzlichen Entscheidung zum Nachtheile des Gegners habe gestatten wollen. Daß aber die Berufung einen dem Berufungskläger durch das erstinstanzliche Urtheil gegebenen Beschwerdegrund voraussetzt, dessen Abhilfe er durch Einlegung des Rechtsmittels herbeizuführen bezweckt, läßt sich auch aus verschiedenen, sich auf die Berufung selbst beziehenden Bestimmungen der R. C. P. O. entnehmen. Denn schon der § 472, nach welchem die Berufung gegen die in erster Instanz erlassenen Endurtheile stattfindet, deutet an, daß eine in erster Instanz vorausgegangene nachtheilige Entscheidung vorausgesetzt wird. Von solcher kann aber nicht die Rede sein, wenn in erster Instanz überall den Anträgen des Berufungsklägers gemäß erkannt ist und die Berufung nur zur Herbeiführung der Entscheidung des Zweiten Richters über einen Anspruch dienen soll, welcher der Entscheidung des Ersten Richters gar nicht unterstellt war. Dasselbe gilt von den Bestimmungen des § 480 Abs. 2 und der §§ 488, 498 und 499 der R. C. P. O., nach welchen die Berufungsschrift die Erklärung, inwieweit das Urtheil angefochten werde und welche Abänderungen desselben beantragt werden, enthalten soll, beziehungsweise das durch die Berufung angefochtene Urtheil bei der mündlichen Verhandlung insoweit vorzutragen ist, als dies zur Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung erforderlich ist, das Urtheil erster Instanz nur insoweit abgeändert werden darf, als dies beantragt ist, und nur alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte (selbst wenn über diese Streitpunkte in erster Instanz noch nicht verhandelt und entschieden war) den Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsrichters bilden sollen. Auch hier wird immer vorausgesetzt, daß das Urtheil erster Instanz, den Beschwerdegrund schon in sich selbst trägt und daß also dagegen durch die Berufung Abhilfe gewährt werden soll. Ein solcher Beschwerdegrund kann aber nach § 279 der R. C. P. O. unmöglich

Digitized by Google

schon dadurch gegeben sein, daß ein nicht geltend gemachter Anspruch dem Berufungskläger nicht zuerkannt ist. Die nachträgliche Zuerkennung desselben in der Berufungsinstanz würde auch keine Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils sein, sondern vielmehr nur eine Ergänzung desselben bilden, zu deren Beantragung es aber nach § 292 der R. C. P. O. ebenfalls an der gesetzlichen Voraussetzung fehlt. Hiernach erscheint es unzulässig, daß der Kläger, dessen in erster Instanz gestellten Anträgen gemäß erkannt ist, die Berufung erhebt, um seine Anträge in zweiter Instanz zu erweitern und eine umfassendere Verurtheilung des Beklagten herbeizuführen. Wenngleich nach § 491 Abs. 2 in Verbindung mit § 240 Ziff. 3 der R. C. P. O. die Erhebung solcher neuer Ansprüche auch noch in der Berufungsinstanz (insoweit dies ohne Aenderung des Klagegrundes geschieht) an sich nicht unzulässig ist, so läßt sich dies doch im Beihalte der angeführten anderweitigen Bestimmungen des Gesetzes und in Berücksichtigung des Umstandes, daß auch nach R. C. P. O. die Berufung den Charakter eines Rechtsmittels im Sinne der Anfechtung einer noch nicht rechtskräftigen Entscheidung des Ersten Richters durch die beantragte Entscheidung von Seiten eines höheren Richters an sich trägt, die Berufungsinstanz mithin lediglich eine Fortsetzung der ersten Instanz bildet, nur unter der Beschränkung verstehen, daß sich schon aus einer Vergleichung der Formel des erstinstanzlichen Urtheils mit den in erster Instanz vom Berufungskläger gestellten Anträgen ein Anlaß zur Einlegung der Berufung ergibt. Mit Recht wird deßhalb in Gruchot's Beiträgen Bd. 26 S. 144 gegen die entgegenstehende Ausführung von Kries bemerkt, daß einer der Gründe, aus welchen Kries die Revision gegen ein pro petitis lautendes Urtheil für unzulässig erachtet, auch der Berufung gegen ein solches Urtheil entgegensteht. Denn daß der vorige Richter ultra petita nicht erkennen durfte, die betreffende Partei also dadurch, daß nur nach ihren Anträgen erkannt ist, nicht benachtheiligt sein kann, trifft auch bei der Berufung zu. Das einseitige Interesse der betreffenden Partei vermag es aber selbstverständlich nicht zu rechtfertigen, ein an sich unstatthaftes Rechtsmittel erst durch Hereinziehung eines neuen Objekts des Rechtsstreites als statthaft erscheinen zu lassen. (R. G. 30. IV. 84.) A. X. (68.) 269—274.

2. **Bei der Berufung gegen Purifikationsurtheile sind neue Vertheidigungsbehelfe ausgeschlossen.** Mit der Rechtskraft des bedingten Endurtheils, welche eintritt, wenn dieses Urtheil mit Rechtsmitteln nicht angefochten wird, steht die Endentscheidung des Prozesses und deren alleinige Abhängigkeit von der Leistung oder Nichtleistung des Eides nach § 425 der C. P. O. fest und mit dem Purifikationsurtheil wird nach der Eidesleistung nur die bereits in jenem Urtheil rechtskräftig festgestellte Folge ausgesprochen. Dieser Ausspruch kann daher wegen der in Mitte liegenden Rechtskraft mit Berufung gegen das Purifikationsurtheil, wenn diese auch unzweifelhaft formell zulässig ist, nicht mehr durch Vertheidigungsmittel, welche schon vor Erlassung des rechtskräftig gewordenen bedingten Endurtheils bestanden, angegriffen werden. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 28. Februar 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 72 S. 105.

Digitized by Google

3. Nach den Bestimmungen des § 491 C. P. O. dürfen in zweiter Instanz neue Angriffs- und Vertheidigungsmittel vorgebracht, dagegen neue Ansprüche, außer in dem Falle der zu Gunsten eines neuen Kompensationsanspruches getroffenen Ausnahme, nicht erhoben werden. Unter der Erhebung eines Anspruches kann man im prozessualen Sinne nur diejenige Geltendmachung eines Anspruches verstehen, durch welche eine der Rechtskraft fähige Zuerkennung derselben beantragt wird. Eine Retentionseinrede ist aber nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung (§ 293) nicht geeignet, eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen des ihr zu Grunde liegenden Anspruches herbeizuführen; der Zweck der Retentionseinrede besteht nur darin, die eingeklagte Forderung mittels einer aus dem Vorhandensein einer Gegenforderung zu begründenden exceptio doli zu bestreiten. **Demnach kann die Retentionseinrede nur als ein Vertheidigungsmittel des Beklagten angesehen werden, und folglich darf eine in der ersten Instanz nicht geltend gemachte Retentionseinrede gemäß § 491 Abs. 1 a. a. O. noch in der Berufungsinstanz vorgebracht werden.** (R. G. 28. XI. 82.) R. C. VIII. (105.) 364. u. (R. G. 5. XII. 82.) S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 281 S. 363. 364.

4. Die Ansicht, daß **die Geltendmachung eines Retentionsrechtes** zu den neuen Ansprüchen gehöre, welche nach § 491 Abs. 2 C. P. O. in der Berufungsinstanz, abgesehen von den Fällen des § 240 Nr. 2. 3, nur erhoben werden dürfen, wenn mit denselben kompensirt werden soll, und daneben noch die weitere dort angegebene Voraussetzung vorliegt, verdient keine Billigung. Denn einmal darf als „Anspruch" im Sinne der Civilprozeßordnung nur etwas gelten, worüber demnächst auch eine rechtskräftige Entscheidung ergehen kann, was nach der Fassung von § 293 Abs. 2 daselbst zwar wohl mit einer Kompensationseinrede, nicht aber mit einer Retentionseinrede der Fall ist; sodann aber ist es auch unmöglich, in dem § 136, dessen Bedeutung für die Feststellung des Begriffes des „Anspruches" nicht verkannt werden kann und auch allseitig anerkannt ist, unter den „Gegenforderungen" im Sinne des Abs. 2, in Beziehung auf welche das Gericht unter Umständen anordnen kann, daß sie in einem getrennten Prozesse verhandelt werden, außer Widerklagen und Kompensationseinreden auch Retentionseinreden zu verstehen, da nicht abzusehen wäre, worauf in dem getrennten Prozesse über eine Retention eventuell verurtheilt werden sollte. (Vgl. Wach, Vorträge S. 192; Wilmowsky und Levy, Civilprozeßordnung (2. Aufl.) Anm. 2 zu § 136 S. 176 und Anm. 3 zu § 491 S. 580; Gaupp, Civilprozeßordnung Bd. 1 S. 384 und Bd. 2 S. 512.) (Seuffert hat seine entgegengesetzte Meinung in der 2. Aufl. zu § 136 a. a. O. bereits geändert.) (R. G. 17. I. 83.) R. C. XV. (118.) 421. A. VII. (89.) 283. 284. (S. auch R. C. VIII. (105.) 364.)

5. **Eine in erster Instanz unwidersprochen gebliebene** (aber nicht zugestandene) **Thatsache kann in zweiter Instanz bestritten werden.** Der § 491 der R. C. P. O. schließt dieses keineswegs aus, sondern bestimmt nur, daß auch neue Thatsachen und Beweismittel in der Berufungsinstanz vorgebracht werden können. (R. G. 28. X. 82.) A. VII. (22.) 81.

6. **Die Vernehmung weiterer Zeugen und Sachverständigen darf nicht**

Digitized by Google

auf Grund bloßer Wahrscheinlichkeit eines erfolglosen Ausfalles derselben zurückgewiesen werden. (B. O. L. 29. XII. 84.) S. X. (241.) 646. S. hierüber bei § 256.

7. **Ein in der Berufungsinstanz neu angebotener Zeugenbeweis kann zurückgewiesen werden,** wenn das neue Vorbringen weder für sich allein, noch in Verbindung mit der schon in erster Instanz behaupteten Thatsache relevant ist und der Ausgang des Prozesses selbst unter der Voraussetzung der Wahrheit aller geltend gemachten Thatsachen der gleiche wäre. (R. G. 29. V. 83.) R. C. XI. (110.) 413. 414.

8. **Einschränkungen des Gebrauches neuer Beweismittel in der Berufungsinstanz.** Die Befugniß des § 491 der R. C. P. O. erleidet die nämliche Beschränkung, welche dem durch § 256 Abs. 1 a. a. O. den Parteien gewährten Rechte, Beweismittel und Beweiseinreden bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil erster Instanz ergeht, geltend zu machen, durch § 339 gesetzt ist, da gemäß § 485 auf das Verfahren in der Berufungsinstanz die in erster Instanz auf das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden, soweit nicht Abweichungen aus den Bestimmungen des Abschnittes 1 des III. Buches der Reichs-Civilprozeßordnung sich ergeben, diese Bestimmungen aber eine Abweichung in Ansehung obiger Beschränkung nicht enthalten. Nach § 339 ist die Vernehmung neuer Zeugen, d. h. solcher Zeugen, welche vor der Erlassung des Beweisbeschlusses über den betreffenden Beweissatz nicht benannt worden sind, auf Antrag zurückzuweisen, wenn durch die Vernehmung die Erledigung des Rechtsstreites verzögert werden würde und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Zeugen nicht früher benannt hat. Was von den neuen Zeugen gilt, findet gemäß § 367 der Reichs-Civilprozeßordnung auch Anwendung auf die Sachverständigen, welche von einer Partei nach Erlassung des Beweisbeschlusses behufs Begutachtung des in dem letzteren bezeichneten strittigen Punktes benannt wurden, da in dieser Beziehung die §§ 368—379 abweichende Bestimmungen gleichfalls nicht enthalten. (B. O. L. 20. II. 82.) S. IX. (163.) 513—515.

9. **Abs. 2.** Unter **neuen Ansprüchen** im Sinne des § 491 C. P. O. sind nur solche Ansprüche zu verstehen, welche in der Berufungsinstanz zuerst erhoben werden. Dieses geschieht aber z. B. nicht, wenn der Beklagte eine bereits in erster Instanz geltend gemachte, aber nur einer der vom Kläger eingeklagten mehreren Forderungen gegenüber zur Kompensation benutzte Forderung, in zweiter Instanz auch den übrigen Klageforderungen gegenüber compensando geltend macht. (R. G. 1. V. 85.) R. C. XIII. (99.) 376. U. u. A. II. (103.) 208. 209.

10. **Neue Ansprüche** im Sinn des § 491 Abs. 2 sind die in erster Instanz nicht erhobenen; **erhoben ist der Anspruch,** wenn er der Gegenstand eines in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrags bezw. einer Einrede geworden ist, und dies gilt, wie Seuffert zu § 491 2. Aufl. Anm. 2 Abs. 3 hervorhebt, in dem Umfang, daß Ansprüche, die in erster Instanz erhoben waren, jedoch aus irgend welchem Grund zurückgezogen wurden, neue Ansprüche im Sinn des § 491 sind. Urtheil des O. L. G.

Digitized by Google

zu Karlsruhe vom 14. November 1882. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr 175 S. 280.

11. **Keine Anwendung des § 491 Abs. 2 der C. P. O. auf Retentionseinreden.** (R. G. 9. V. 85.) U. u. A. II. (151.) 310. S. hierüber unter Abs. 1 Ziff. 3 u. 4.

12. **Die Berufung auf Grund eines neuen Anspruches ist als unbegründet, nicht als unzulässig, zurückzuweisen.** Eine Verwerfung der Berufung kann als unzulässig nur unter den in § 497 der C. P. O. gegebenen Voraussetzungen erfolgen, hierzu zählt aber der Fall, daß der Berufungs-Antrag einen völlig neuen Anspruch enthält, nicht. Urtheil des Reichsgerichts vom 4. Juni 1886. Annalen der bad. Ger. Bd. 52 S. 297. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 167 S. 233.

§ 492.

§ 492.

Die Verletzung einer das Verfahren erster Instanz betreffenden Vorschrift kann in der Berufungsinstanz nicht mehr gerügt werden, wenn in Gemäßheit der Bestimmung des § 267 die Partei das Rügerecht bereits in erster Instanz verloren hat.

§ 521.

Der § 492 hat die Bedeutung, gegen die Folgerung zu schützen, als könne die Partei eine in der ersten Instanz vorgekommene Verletzung einer das Verfahren betreffenden Vorschrift auf Grund des in § 487 anerkannten Charakters der Berufung als eines novum judicium rügen, nachdem sie das Rügerecht in erster Instanz nach § 267 verloren habe. (R. G. 30. XI. 80.) S. hierüber bei § 267 ad R. C. III. (101.) 367—369.

§ 493.

§ 493.

Die in erster Instanz unterbliebenen oder verweigerten Erklärungen über Thatsachen, Urkunden und Eideszuschiebungen können in der Berufungsinstanz nachgeholt werden.

§§ 129, 130, 319 Abs. 1, 404 Abs. 3, 417 Abs. 2, 420, 468.

Der Delat, welcher den ihm zugeschobenen Eid dem Deferenten in einem Falle, in welchem die Zurückschiebung des Eides gesetzlich unzulässig ist, in erster Instanz zurückgeschoben hat, kann in der Berufungsinstanz den Eid noch annehmen. Das in § 417 Abs. 2 angedrohte Präjudiz, daß der Eid als verweigert angesehen wird, tritt nur ein, wenn die Partei den Eid in einem Falle, in welchem die Zurückschiebung unzulässig ist, zurückschiebt, ohne denselben bedingt anzunehmen. Hat der Delat in erster Instanz den ihm vom Gegner zugeschobenen Eid in einem Falle zurückgeschoben, wo die Zurückschiebung gesetzlich nicht statthaft war, jedoch über die bedingte Annahme sich nicht erklärt, so kann er diese unterbliebene Erklärung nach § 493 a. a. O. in der Berufungsinstanz nachholen. Es entspricht diese Annahme nicht allein den Worten des § 493, sondern auch dem Geiste der Prozeßordnung, indem die in § 493 enthaltenen Bestimmungen bezwecken, in dem ein novum judicium bildenden Verfahren in der Berufungsinstanz (§ 487 C. P. O.) die in Folge der unterbliebenen oder unvollständigen Erklärungen in erster Instanz eingetretenen gesetzlichen Rechtsnachtheile zu beseitigen. (R. G. 18. II. 87.) R. C. XVII. (106.) 425.

§ 494.

§ 494.

Das in erster Instanz abgelegte gerichtliche Geständniß behält seine Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz.

§§ 261—263.

Digitized by Google

1. **Der § 494, welcher dem in erster Instanz abgelegten gerichtlichen Geständniß Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz beilegt, besagt damit keineswegs, daß bei einer erst in der Berufungsinstanz aufgestellten neuen Behauptung, wenn und soweit sich diese in Einklang setzt mit einer in erster Instanz vom Gegner anderen Behauptungen gegenüber vorgetragenen Geschichtserzählung, diese Sachdarstellung den Charakter eines gerichtlichen Geständnisses annehme.** Ebensowenig läßt § 261 erkennen, daß er von solchem Begriff des gerichtlichen Geständnisses ausgehe und was § 262 über die Wirksamkeit eines beschränkten (sog. qualifizirten) Geständnisses ordnet, setzt eben das Vorliegen eines gerichtlichen Geständnisses voraus. (R. G. 17. IX. 80.) A. II. (120.) 510. 511.

2. **Aus der in dem § 494 mit Rücksicht auf die rechtliche Natur eines gerichtlichen Geständnisses als einer Disposition der Partei über den Streitgegenstand getroffenen Bestimmung ergibt sich, daß nicht jede in der ersten Instanz vorgekommene Prozeßhandlung in der höheren Instanz wiederholt zu werden braucht, um auch für diese Wirksamkeit zu haben.** Allein eine nothwendige Vorbedingung für die Berücksichtigung des Prozeßstoffes der unteren Instanz bleibt auch hierbei, daß dasjenige, was in den Akten erster Instanz in dieser Beziehung festgestellt worden, von den Parteien vorgetragen ist. (R. G. 25. I. 81.) R. C. IV. (102.) 371. A. III. (151.) 539.

§ 495. **§ 495.**

Die in erster Instanz erfolgte Annahme oder Zurückschiebung eines Eides behält ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz.

Dasselbe gilt von der Leistung, von der Verweigerung der Leistung und von der Erlassung eines Eides, wenn die Entscheidung, durch welche die Leistung des Eides angeordnet ist, von dem Berufungsgerichte für gerechtfertigt erachtet wird.

§§ 428 Abs. 1, 429 Abs. 2.

1. **Abs. 1. Aus der im § 495 mit Rücksicht auf die Vergleichsnatur des zugeschobenen Eides getroffenen Bestimmung ergibt sich, daß nicht jede in der ersten Instanz vorgekommene Prozeßhandlung in der höheren Instanz wiederholt zu werden braucht, um auch für diese Wirksamkeit zu haben.** (R. G. 25. I. 81.) S. hierüber bei § 494 ad R. C. IV. (102.) 371. 372. A. III. (151.) 538. 539.

2. **Abs. 2. Der § 495 Abs. 2 bezieht sich nur auf die unmittelbaren Folgen der Leistung beziehungsweise Verweigerung des Eides.** (R. G. 30. XI. 80.) R. C. III. (101.) 370.

3. **Unter „Entscheidungen" sind nicht bloß End-, Theil- oder Zwischenurtheile zu verstehen.** Es steht dies nicht im Einklang mit der Terminologie der Civilprozeßordnung. Für die Wirksamkeit der Leistung oder Verweigerung des Eides ist es gleich, ob die Leistung desselben durch Beweisbeschluß oder Urtheil angeordnet ist. (R. G. 30. XI. 80.) R. C. III. (101.) 370.

4. **Die Vorschrift des § 495 C. P. O., wonach die Leistung eines Eides in erster Instanz für die Berufungsinstanz ihre Wirksamkeit behält, ist an die Voraussetzung geknüpft, „wenn die Entscheidung, durch welche die Leistung des Eides angeordnet ist, von dem Berufungsgerichte für gerechtfertigt erachtet wird". Hält dagegen der Berufungsrichter die Abnahme des Eides in erster Instanz nicht für gerechtfertigt, so tritt die im § 495**

Digitized by Google

a. a. O. für die zweite Instanz angeordnete Wirksamkeit der Eidesleistung, das heißt nach § 428 C. P. O. die Begründung des vollen Beweises der beschworenen Thatsache, nicht ein, sondern die beweispflichtige Partei kann gemäß § 491 a. a. O. neue Beweismittel vorbringen, und der Berufungsrichter steht bei Würdigung des Beweises so frei da, als wenn kein Eid in erster Instanz geschworen wäre. Erachtet er das Gewicht des neuen Beweises — für sich allein oder in Verbindung mit dem Beweisergebnisse erster Instanz — so stark, daß die streitige Thatsache für dargethan anzunehmen ist, oder daß sich die Auferlegung eines richterlichen Eides für den Beweisführer rechtfertigt, so bildet der Umstand, daß die andere Partei in erster Instanz das Gegentheil der streitigen Thatsache beschworen hat, für die vom Berufungsrichter zu treffende Entscheidung kein Hinderniß. **Wenn jedoch die neue Beweisaufnahme kein Resultat ergibt,** vielmehr die Sachlage unverändert bleibt, und die Wahrheit der streitigen Thatsache durch Ableistung des vom Beweisführer zugeschobenen Eides festgestellt werden muß, so darf der Berufungsrichter nicht unberücksichtigt lassen, daß das Eidesbeweisverfahren — wenn auch in einem unrichtigen Stadium des Prozesses — stattgefunden hat. Der Eid ist geschworen, und es würde der Heiligkeit des Eides nicht entsprechen, wenn der Richter aus formalen Gründen den Akt der Eidesleistung als nicht geschehen behandeln wollte. Die mehrfach ausgesprochene Tendenz der Civilprozeßordnung, überflüssige Eide zu vermeiden, rechtfertigt es, daß der Richter in einem solchen Falle nicht die wiederholte Ableistung des schon geschworenen Eides anordnet. (R. G. 24. IV. 83.) R. C. IX. (99.) 345. 346. A. VIII. (18.) 84—86.

§ 496.

§ 496.

Ein nicht oder nicht unbedingt für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil erster Instanz ist, insoweit dasselbe durch die Berufungsanträge nicht angefochten wird, auf den im Laufe der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag von dem Berufungsgerichte für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Eine Anfechtung dieser Entscheidung findet nicht statt.

§§ 523, 647—652. Ger. K. G. § 47 Nr. 11. R. A. G. O. § 23 Nr. 1.

Der § 496 der C. P. O. über die Vollstreckbarkeitserklärung bezüglich des nicht angefochtenen Theils des Urtheils erster Instanz ist im Versäumnißverfahren nicht anwendbar. Der Antrag, auf Grund der in erster Instanz erfolgten Behandlungen die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils zu erklären, ist in der Berufungsinstanz nicht mehr zulässig, da nach Maßgabe des § 653 die Verhandlung über die Vollstreckbarkeit als Theil der Verhandlung der Hauptsache anzusehen ist und demgemäß der Beurtheilung des Gerichtes unterliegt, vor welchem die Verhandlung erfolgt ist (vgl. v. Bülow, C. P. O. § 653 Nr. 1). Der § 496 bezieht sich nicht auf Urtheile, welche in erster Instanz auf Grund des § 648 oder anderer Vorschriften ohnehin für vorläufig vollstreckbar erklärt worden sind oder erklärt werden mußten, sondern bestimmt auf Grund des in zweiter Instanz festgestellten Sachverhalts eine selbständige Voraussetzung der Vollstreckbarkeitserklärung, so daß seine Anwendung durch die Voraussetzungen der §§ 648—650 weder bedingt ist noch gerechtfertigt werden kann. Vorbedingung der Vollstreckbarkeitserklärung nach § 496 ist nun aber, daß die in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen und erst da-

Digitized by Google

durch maßgebend gewordenen Berufungsanträge das Urtheil erster Instanz zum Theil unangefochten lassen (vgl. Struckmann und Koch, Kommentar § 496 Nr. 1, 2). Da sich dieser Punkt bei dem Ausbleiben des Berufungsklägers nicht feststellen läßt, so ist die kontradiktorische Verhandlung ein wesentliches Erforderniß der Anwendung des § 496. Urtheil des O. L. G. zu Celle vom 3. Dezember 1880. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 165 S. 235. 236.

§ 497.

§ 497.

Das Berufungsgericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Berufung an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen.

§§ 306, 529, 537, 552. §§ 472—474. § 479. §§ 477, 201, 216. Ger. K. G. § 26 Nr. 5. R. A. G. O. § 20.

1. **Der Berufungsrichter ist bei Prüfung der Zulässigkeit der Berufung an die rechtliche Auffassung des ersten Richters über die Natur der Klage nicht gebunden.** (R. G. 10. VI. 85.) R. C. XIII. (70.) 292.

2. **Das Revisionsgericht hat zu prüfen, ob den Anforderungen des § 479 C. P. O. genügt ist.** (R. G. 29. IX. 80.) S. hierüber bei § 479 ad R. C. II. (111.) 398.

3. Nach § 497 C. P. O. hat das Berufungsgericht von Amts wegen zu prüfen, ob die Berufung an sich statthaft, und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei; aber wie ein ungünstiges Ergebniß dieser Prüfung im allgemeinen die zunächst nur dem Berufungskläger nachtheilige Folge hat, daß das Rechtsmittel als unzulässig verworfen werden muß, so ist auch **nur der Berufungskläger diejenige Partei, welcher die betreffenden Nachweisungen obliegen.** Wenn daher der Berufungskläger im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint, so ist auf jene Prüfung überhaupt noch nicht einzugehen, ebensowenig wie auf die andere, ob die Berufung begründet sei. (R. G. 5. IV. 84.) R. C. XII. (102.) 364. 365.

4. **Vertagung zum Zwecke der Aufklärung des Sachverhalts ist im Falle der Nichtbeobachtung der Vorschrift des § 245 der R. C. P. O. auch dann erforderlich, wenn diese Aufklärung den von Amts wegen zu prüfenden Nachweis der Formrichtigkeit der Berufung betrifft.** (R. G. 4. IV. 82.) A. V. (115.) 458.

5. Die nach § 497 von Amts wegen zu prüfenden Fragen, darunter die Beobachtung der gesetzlichen Einlegungsfrist, betreffen, wie aus dem zweiten Satze des § 497 sich ergibt, nur solche Umstände, deren Nachweisung dem Berufungskläger obliegt. **Wenn also bei dem Mangel eines der daselbst gedachten Erfordernisse die Berufung als unzulässig zurückgewiesen werden soll, so kann man unmöglich dem Berufungsbeklagten den Beweis abfordern, daß jene Erfordernisse beobachtet seien.** Beschluß des O. L. G. zu Celle vom 13. Juni 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 183 S. 236. 237.

6. **Es ist nirgends vorgeschrieben, daß die erforderliche Zustellungs-Nachweisung in ihrem vollen Umfange nur durch die Postzustellungsurkunde geführt werden könne.** Es muß daher nach § 259 der C. P. O. auch hier das Prinzip der freien Beweiswürdigung zur Anwendung kommen. Beschluß des O. L. G. zu Celle vom 13. Juni 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 183 S. 237.

Digitized by Google

7. Nach § 479 C. P. O. erfolgt die Einlegung der Berufung, welche nach § 477 binnen einer Nothfrist von einem Monate nach Zustellung des Urtheiles zu geschehen hat, durch die Zustellung eines Schriftsatzes mit dem dort näher bezeichneten Inhalte, und die Zustellung besteht nach § 156 C. P. O. in den Fällen, wo nicht eine Ausfertigung zugestellt werden soll, in der Uebergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes, so daß die Beglaubigung ein integrirender Bestandtheil des Zustellungsaktes ist und ihr Mangel denselben unwirksam macht. (R. C. VI. (109.) 361.) **Das Berufungsgericht, welches nach § 497 C. P. O. von Amts wegen zu prüfen hat, ob die Berufung in gesetzlicher Form und Frist eingelegt ist, hat daher diese Prüfung auch auf die Legalität der Zustellung auszudehnen. Wo aber die Zustellung von Anwalt zu Anwalt erfolgt ist und nach § 181 Abs. 2 C. P. O. zum Nachweise der Zustellung das mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbekenntniß desjenigen Anwaltes, welchem zugestellt worden ist, genügt, darf das Berufungsgericht bei der hierdurch vom Gesetze den Anwälten eingeräumten Stellung, nach welcher ihr Empfangsbekenntniß die Vermuthung, daß es der Wahrheit entspreche, daß mithin die Zustellung auch in der gesetzlich vorgeschriebenen Form erfolgt sei, für sich hat, diese Prüfung vorläufig darauf beschränken, ob ein dem Abs. 2 des § 181 C. P. O. entsprechendes Empfangsbekenntniß vorliege.** Damit ist freilich die Anfechtung des Empfangsbekenntnisses durch die eine oder andere Partei keineswegs ausgeschlossen, und im Falle einer solchen Anfechtung hat dann das Berufungsgericht zu prüfen, ob trotz des Empfangsbekenntnisses ein Mangel in der Form der Zustellung vorhanden ist. Denn der Anwalt ist zu einer Dispensation von dem in § 156 C. P. O. aufgestellten Erfordernisse der Beglaubigung nicht befugt, so daß ein möglicherweise in der Ausstellung des Empfangsbekenntnisses zu findender Verzicht der Rechtswirksamkeit entbehren würde. Rügt aber eine Partei einen solchen Mangel nicht, so macht sich das Berufungsgericht dadurch, daß es, ohne von Amts wegen näher zu untersuchen, ob die Zustellung auch in der vorgeschriebenen Form erfolgt ist, die Berufung formell für zulässig erachtet, der Verletzung einer Rechtsnorm, insbesondere der §§ 156. 181. 477. 479 und 497 C. P. O. keineswegs schuldig, wendet vielmehr diese Bestimmungen ganz richtig an. Daraus folgt aber schon nach §§ 511 und 512 C. P. O., daß **ein formeller, in der Berufungsinstanz nicht gerügter Mangel der Zustellung hinterher als Revisionsgrund nicht geltend gemacht werden kann,** da die Revision eine der Entscheidung des Berufungsgerichtes zum Grunde liegende Gesetzesverletzung voraussetzt. (R. G. 13. X. 82.) R. C. IX. (118.) 412—414. (R. C. VII. (115.) 372.)

8. **Der § 497 verstellt es nur zur amtlichen Prüfung, ob die Berufung in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt ist, macht es dagegen nicht zur Amtspflicht, weiter auch zu untersuchen, ob die zugestellte Abschrift vollständig und korrekt ist, und ob nicht sonstige Formwidrigkeiten bei der Zustellung vorgekommen sind, welche zur Erhebung begründeter Einwendungen gegen die Zulässigkeit des Rechtsmittels Veranlassung geben könnten.** (R. G. 13. VII. 83.) R. C. IX. (113.) 389.

9. **Gegen ein Urtheil, welches mit Unrecht von Amts wegen zugestellt worden ist, kann nicht schon hiernach, sondern erst nach dessen Zustellung**

Digitized by Google

auf Betreiben der Parteien mit Wirksamkeit Revision eingelegt werden. Mangelt es an einer gesetzlichen Voraussetzung für die Zustellung eines Urtheils, um ihr eine rechtliche Wirkung beimessen zu können — § 288 der Reichs-Civilprozeßordnung — so kann die zur Einlegung der Revision gegebene Nothfrist nicht beginnen, so lange nicht die Zustellung des Urtheils in der vom Gesetze vorgeschriebenen Weise erfolgt ist. Die Einlegung einer Revision vor Zustellung des Urtheils, durch deren gesetzmäßige Vornahme der Beginn der Nothfrist bedingt erscheint, ist ohne Wirkung. (B. O. L. 26. II. 83.) S. X. (13.) 31.

10. **Umfang der Amtspflicht des Berufungsrichters, die Zulässigkeit der Berufung zu prüfen. Unzulässigkeit der Berufung gegen zugestellte, aber nicht verkündete Urtheile. Gegenbeweis gegen ein den Verkündigungsvermerk nicht enthaltendes Sitzungsprotokoll.** Urtheil des Reichsgerichts vom 18. März 1886. R. A. 1886 bes. Beil. 4 S. 189 ff. S. A. Bd. 12 bezw. 42 Nr. 73 S. 104. 105.

11. **Formerforderniße der Berufung nach § 20 Abs. 2 des Konsulargerichtsbarkeitsgesetzes.** (R. G. 19. IX. 85.) U. u. A. III. (131.) 286 f.

12. **Mängel der Rechtsmitteleinlegung können durch Zustimmung des Gegners nicht geheilt werden.** Die Förmlichkeiten der Rechtsmittel unterliegen nicht der Disposition der Parteien, sondern auf ihre Einhaltung ist von Amts wegen zu achten. (R. G. 12. V. 83.) R. C. X. (124.) 401.

13. **Das Berufungsgericht ist allerdings bei seiner Entscheidung an die Auffassung des Gerichts erster Instanz bezüglich der rechtlichen Natur des von ihm erlassenen Urtheils nicht gebunden. Aber wenn es bei seiner Prüfung derselben zu dem Ergebnisse gelangt, daß der erste Richter gegen die Prozeßordnung verstoßen hat, indem er mit Unrecht eine Vorabentscheidung im Sinne des § 276 aussprach, so rechtfertigt sich hierdurch nicht die Verwerfung der Berufung wegen Unzulässigkeit derselben, sondern nur eine Abänderung des erstinstanzlichen Urtheiles auf die eingelegte Berufung.** (R. G. 21. XI. 82.) R. C. VIII. (104.) 363.

14. **Die Zurückweisung einer Berufung als unzulässig statt als unbegründet bildet keinen Revisionsgrund.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 28. Februar 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 72 S. 104.

15. **Die Zulässigkeit der Berufung kann in der Revisionsinstanz wegen Verspätung auf Grund einer Urtheilszustellung, welche nach dem Sitzungsprotokolle und dem Thatbestande des Berufungsurtheiles bei der Verhandlung nicht geltend gemacht worden ist, nicht mehr bestritten werden.** Allerdings hat der Berufungsrichter die Zulässigkeit der Berufung von Amts wegen zu prüfen (§ 497) und die Parteien auf etwaige Bedenken aufmerksam zu machen (§ 130), diese Verpflichtung kann jedoch nicht, im Widerspruche mit der die Civilprozeßordnung beherrschenden Verhandlungsmaxime dahin ausgedehnt werden, daß der Richter die Partei auch auf Thatsachen aufmerksam machen müßte, für deren Vorhandensein selbst die mündliche Verhandlung keinen Anlaß bietet. (R. G. 27. II. 83.) S. hierüber noch bei § 516 Ziff. 3 ad R. C. IX. (108.) 367.

16. **Zurückweisung der Revision, weil die als unbegründet zurückgewiesene Berufung eigentlich hätte als unzulässig verworfen werden sollen.** Obwohl das Dezisum, daß die Berufung als unbegründet zurückgewiesen

Digitized by Google

werde, sich von demjenigen, daß sie als unzulässig verworfen werde, äußerlich unterscheidet, so hat doch der Berufungsbeklagte, da er materiell durch jene Art der Entscheidung nicht verletzt ist, in einem solchen Falle weder Veranlassung, noch auch nur die Möglichkeit, dagegen Revision einzulegen. (R. G. 29. IX. 81.) R. C. V. (118.) 415. A. IV. (94.) 327.

§ 498.

§ 498.

Das Urtheil erster Instanz darf nur insoweit abgeändert werden, als eine Abänderung beantragt ist.

1. **Die reformatio in pejus ist ausgeschlossen.** (R. G. 30. IV. 81.) R. C. IV. (120.) 422.

2. **Dem Berufungsgerichte steht ohne Parteiantrag keine Befugniß zur Beseitigung einer gesetzwidrigen oder unnöthigen Eidesauflage zu.** Schon in den Motiven zu § 477 des Entwurfes zur Civilprozeßordnung ist die Nichtaufnahme einer Vorschrift, welche dem Obergerichte zur Beseitigung einer gesetzeswidrigen oder unnöthigen Eidesauflage die Befugniß einräumt, ohne Parteiantrag auf reformatio in pejus zu erkennen, mit dem Mangel eines Bedürfnisses angesichts der erleichterten Anschließung begründet worden, und Anträge, welche in der Justizkommission des Reichstages unter Hinweis auf § 728 der bayerischen Civilprozeßordnung, der sich in der Praxis bewährt habe, die Aufnahme einer derartigen Bestimmung bezweckten, fanden, nachdem insbesondere der Vertreter des Reichskanzleramts dieselben bekämpft hatte, keine Zustimmung, vielmehr verblieb es bei dem angeführten § 477 des Entwurfes. (Hahn, Materialien Bd. I S. 359, 716; Bd. II S. 981.) Nach dem klaren Wortlaute des nunmehrigen § 498 der Civilprozeßordnung darf demnach ein Urtheil erster Instanz nur insoweit abgeändert werden, als eine Abänderung beantragt ist. (Kommentare zu dem angeführten Paragraphen von Seuffert, II. Aufl., Anm. 1; Petersen, II. Aufl., Anm. 1; Struckmann und Koch, III. Aufl., Anm. 1; Wilmowsky und Levy, III. Aufl., Anm. 1.) — (B. O. L. 19. XII. 84.) S. X. (234.) 625—627.

3. **Der Berufungsrichter, welcher abändernd auf einen Eid des Berufungsklägers erkannt hatte, ist, nachdem dieses Urtheil auf die Revision des Gegners uneingeschränkt aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an ihn zurückverwiesen war, durch eine relative Rechtskraft jenes Urtheils nicht verhindert, auf Grund der neuen Verhandlung unbedingt (ohne Eid) nach dem Antrage des Berufungsklägers zu erkennen.** (R. G. 22. XII. 84.) S. hierüber bei § 528 ad R. C. XII. (121.) 408—412.

4. **Zulässigkeit der Aenderung des Ehescheidungsgrundes in der Berufungsinstanz.** (R. G. 2. VI. 85.) U. u. A. II. (201.) 433. S. hierüber bei § 574.

Regel des Devolutiveffektes.

§ 499.

§ 499.

Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts sind alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte, über welche in Gemäßheit der Anträge eine Verhandlung und Entscheidung erforderlich ist, selbst wenn über diese Streitpunkte ist erster Instanz nicht verhandelt oder nicht entschieden ist.

Digitized by Google

Das Berufungsgericht hat ein von ihm erlassenes bedingtes Urtheil zu erledigen. Dasselbe kann ein in erster Instanz erlassenes bedingtes Urtheil erledigen, wenn die Berufung zurückgewiesen ist.

1. **Nach der in § 499 aufgestellten Regel bilden den Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichtes alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte, über welche in Gemäßheit der Anträge eine Verhandlung und Entscheidung erforderlich ist, selbst wenn über diese Streitpunkte in erster Instanz nicht verhandelt und entschieden war. Das Berufungsgericht hat daher in der Regel weder die Verpflichtung, noch die Befugniß, einzelne Streitpunkte in die erste Instanz zurückzuverweisen.** (R. G. 12. X. 81.) A. IV. (126.) 430. 431. (R. G. 3. V. 82. s. A. V. (141.) 538.)

2. **Wenn der Berufungsrichter die Entscheidung der ersten Instanz, durch welche eine Klage als verspätet abgewiesen worden, für nicht begründet erachtet, und nur die Verhandlung der Sache selbst anzuordnen ist, so muß er die Entscheidung der Sache an sich behalten.** (R. G. 8. VII. 81.) R. C. V. (102.) 375. 376. (R. C. X. (141.) 429—431.)

3. **Wenn ohne eine Vorabentscheidung über den Grund der Klage der Anspruch in erster Instanz verworfen wurde, so ist das Berufungsgericht berechtigt, die Höhe der Forderung seinerseits festzustellen.** Aus den Motiven geht klar hervor, daß ausnahmslos der gesammte Prozeßstoff, soweit in Gemäßheit der Anträge vor dem Berufungsrichter eine Verhandlung erforderlich ist, der Entscheidung des zweiten Richters unterliegt. Nach der Civilprozeßordnung existirt ein Anspruch der Parteien darauf, daß über alle Streitpunkte auch in erster Instanz entschieden werde, keineswegs. Es ist selbstverständlich, daß der über den Grund des Anspruchs eine Entscheidung als Zwischenurtheil erlassende Berufungsrichter nachträglich, und zwar in demselben Rechtsstreite, auch das Endurtheil über den Betrag zu erlassen hat. (R. G. 3. I. 84.) R. C. X. (141.) 432. 433. A. IX. (77.) 354. 355. (R. C. V. (117.) 411 ff. S. hierüber auch bei § 276 Abs. 1 ad R. C. X. (141.) 429—431. A. IX. (77.) 351—353. R. C. V. (102.) 376. (117.) 412. VI. (13.) 57. VIII. (104.) 361).

4. **Der Berufungsrichter ist an eine von der Kammer für Handelssachen auf Grund eigener Sachkunde und Wissenschaft nach § 118 H. G. B. getroffene Entscheidung nicht gebunden.** Es ist seine Sache, die Richtigkeit der Entscheidung ebenso zu prüfen, wie die des Gutachtens vernommener Sachverständigen. Ueber diese Prüfung aber hat er, namentlich wenn die Entscheidung angefochten und anderweiter Beweis angetreten ist, sich in den Entscheidungsgründen auszusprechen. (R. G. 6. X. 83.) R. C. X. (24.) 94.

5. **Der Berufungsrichter ist berechtigt und verpflichtet,** auch über diejenigen Punkte zu entscheiden, welche der erste Richter unentschieden gelassen hatte (§ 499 C. P. O.), also insbesondere **die fehlerhafte Entscheidung, welche bei einem bedingten Urtheile für den Fall der Leistung des Eides erlassen ist, zu berichtigen.** (R. G. 14. III. 82.) R. C. VI. (133.) 426.

6. **Der Kläger, dessen in erster Instanz gestellten Anträgen gemäß er-**

Digitized by Google

kannt ist, darf die Berufung nicht einlegen, um seine Anträge in zweiter Instanz zu erweitern und eine umfassendere Verurtheilung des Beklagten herbeizuführen. (R. G. 30. IV. 84.) S. bei § 491 ad A. X. (68.) 269—274.

7. **Nach § 499 der Civilprozeßordnung können in der Berufungsinstanz auch Streitpunkte verhandelt und entschieden werden, die in erster Instanz noch nicht verhandelt und entschieden worden sind,** allein es müssen dies solche Streitpunkte sein, die einen ab- oder zuerkannten Anspruch betreffen. (v. Bülow, Erläuterungen zur Civilprozeßordnung S. 151 Note 2; Struckmann und Koch, Kommentar zur Civilprozeßordnung S. 402 Note 2.) — (B. O. L. 22. IV. 84.) S. X. (148.) 407.

8. **Beurtheilung eines Falles, in welchem das Berufungsgericht den Worten nach die Berufung verworfen, aber der Sache nach durch Hinzufügung eines Vorbehaltes abändernd erkannt hatte.** Es ist nicht korrekt, einem das Rechtsmittel zurückweisenden Urtheile einen Vorbehalt anzuhängen; denn wenn er überhaupt irgend eine rechtliche Bedeutung haben soll, so kann diese nur in der Herbeiführung einer von der der einfachen Bestätigung des vorigen Urtheiles abweichenden Rechtswirkung bestehen: also wird dann im Grunde das Rechtsmittel nicht völlig verworfen, sondern auf Grund desselben irgend eine Abänderung des angefochtenen Urtheiles vorgenommen. (R. G. 28. VI. 84.) R. C. XV. (120.) 422 ff. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 72 S. 111.

9. **Fallengelassene Ansprüche können in zweiter Instanz nicht wieder aufgenommen werden.** Die Devolution des Rechtsstreits geht über den Rahmen des angefochtenen Urtheils, d. h. über den zu- oder aberkannten Anspruch nicht hinaus (vgl. Endemann, d. C. P. O. Bd. 2 S. 428 bis 29). Damit ist ausgesprochen, daß die Berufung und die Devolution der Sache niemals weiter reichen kann, als das Gericht erster Instanz über den Anspruch mit Rücksicht auf die Wirkung der Rechtskraft wirklich entschieden hat. . . . **Zwar können nach § 499 der C. P. O. in der Berufungsinstanz auch Streitpunkte verhandelt und entschieden werden, die in erster Instanz noch nicht verhandelt und entschieden worden sind; allein es müssen das solche Streitpunkte sein, die einen ab- oder zuerkannten Anspruch betreffen.** (Vgl. v. Bülow, Erläuterungen zur C. P. O. S. 151 Nr. 2; Struckmann u. Koch, Komm. S. 402 Nr. 2.) Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 22. April 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 73 S. 112.

10. Der in § 499 der C. P. O. aufgestellte Grundsatz, daß durch die Berufung eine vollständige Devolution des Rechtsstreits an das Berufungsgericht herbeigeführt werde, ist unzweifelhaft als durch die Bestimmungen des § 500 eingeschränkt anzusehen, indem in den Fällen desselben nur ein bestimmter Theil des Rechtsstreites — im Fall der Ziff. 2 die Gesammtheit der prozeßhindernden Einrede — an das Berufungsgericht erwächst. Die Motive zur C. P. O. S. 310 sprechen dies ganz ausdrücklich aus und in der ganzen Literatur des Civilprozeßrechts ist das Gegentheil von keiner Seite bestimmt behauptet worden. Insbesondere erkennen fast alle Schriftsteller ausdrücklich an, daß **dann, wenn die erste Instanz lediglich über eine prozeßhindernde Einrede entschieden hat, das Berufungsgericht sich gar nicht in der Lage befindet, auf die Hauptsache, welche als noch gar nicht an das Berufungsgericht devolvirt anzusehen ist,**

Digitized by Google

einzugehen (v. Bülow, C. P. O. § 500; Endemann, Bd. 2 S. 417; Struckmann u. Koch (4. Aufl.) zu § 500 Nr. 3; Wach, Vortr. S. 199; Gaupp, Komm. § 26; Seuffert zu § 500; Wilmowsky u. Levy (3. Aufl.) zu § 500 Nr. 2; Sarvey, Bd. 1 S. 681). **Dieser Prozeßrechtssatz vermag selbstverständlicher Weise, da die C. P. O. einen Konventionalprozeß nicht zuläßt, auch nicht etwa durch ein Abkommen der Parteien des Inhalts, daß der gesammte Rechtsstreit als an das Berufungsgericht erwachsen angesehen werden solle, abgeändert zu werden.** Hieraus ergibt sich aber, daß, falls in erster Instanz nur über eine prozeßhindernde Einrede entschieden worden ist, das Berufungsgericht Erklärungen der Parteien, welche in der Berufungsverhandlung nicht zur Rechtfertigung oder Widerlegung der allein zur Entscheidung vorliegenden Einrede, sondern mit der Tendenz einer Verhandlung zur Hauptsache vorgebracht werden, unbeachtet zu lassen hat und daß bei der Darstellung des Sach- und Streitstandes im Thatbestand des zweitinstanzlichen Urtheils die fraglichen Parteierklärungen, weil sie den zur Entscheidung vorliegenden Streit überhaupt nicht betreffen, Aufnahme nicht zu finden haben. . . . Beschluß des O. L. G. zu Jena (1. Sen.) vom 20. November 1884. Blätter für Rechtspflege in Thüringen ꝛc. Bd. 32 S. 257 ff. S. A. XLI. bezw. XI. (72.) 112. 113.

11. **Wenn der Ausgang eines Streites nur noch von einer — rechtskräftig gewordenen — Eidesauflage abhängig gemacht, der Schwur auch von dem Pflichtigen geleistet und demgemäß Endurtheil erlassen, hiergegen aber von der anderen Partei auf Grund schon früher bestandener Einredebehauptungen Berufung eingelegt ist, so ist dieselbe, weil materiell unbegründet, gemäß § 487 und 499 a. E. der Reichs-Civilprozeßordnung, zurückzuweisen.** (B. O. L. 28. II. 82.) S. IX. (167.) 519—522. (S. auch Bd. I S. 386 dieser Sammlung.)

12. **Pflichten des Berufungsrichters** (§§ 487, 499, 574 der R. C. P. O.), **wenn in erster Instanz mehrere Ehescheidungsgründe behauptet waren und nur wegen eines derselben geschieden worden ist** (ohne daß natürlich der obsiegende Kläger dagegen Berufung einlegte). (R. G. 7. III. 85.) U. u. A. I. (288.) 467.

13. **Die Ergänzung eines Berufungsurtheils kann in Ansehung eines übergangenen Nebenanspruches nicht durch das Rechtsmittel der Revision erwirkt werden.** (R. G. 26. I. 83.) S. hierüber bei § 292 ad R. C. XI. (108.) 409.

14. **Die Zurückweisung einer Berufung als unzulässig statt als unbegründet bildet keinen Revisionsgrund.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 28. Februar 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 72 S. 104.

15. **Die Vorschrift des § 499: „Das Berufungsgericht hat ein von ihm erlassenes bedingtes Urtheil zu erledigen", betrifft nicht die Frage, ob solches auf Antrag oder von Amts wegen zu geschehen habe, sondern die Frage, ob die Erledigung dem Berufungsgerichte obliege oder dem Gerichte erster Instanz zu überlassen sei.** S. hierüber bei § 425 Abs. 2 ad (R. G. 1. IV. 85.) R. C. XIII. (118.) 428.

16. **Wenn im Falle einer eventuellen Häufung zweier selbständiger Klagen von der ersten Instanz die prinzipale Klage für begründet erachtet**

Digitized by Google

und demnach die eventuelle Klage unentschieden gelassen ist, so hat das Berufungsgericht bei Abweisung der prinzipalen Klage sich mit der eventuellen Klage nicht zu befassen. Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichtes sind nach § 499 „alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte, über welche in Gemäßheit der Anträge eine Verhandlung und Entscheidung erforderlich ist, selbst wenn über diese Streitpunkte in erster Instanz nicht verhandelt oder nicht entschieden ist". Hiermit ist der Umfang des Gegenstandes der dem Berufungsgerichte zustehenden Verhandlung und Entscheidung nicht bloß positiv, sondern auch negativ festgestellt, dergestalt, daß, wenn in demselben Rechtsstreite mehrere Ansprüche streitig sind und das erste Gericht nur über einen derselben entschieden hat, diejenigen Streitpunkte, welche den sonach zuerkannten oder aberkannten Anspruch nicht betreffen, auch nicht an das Berufungsgericht erwachsen sind. (R. G. 29. IV. 87.) R. C. XVIII. (85.) 387.

17. **Wenn in der Berufungsinstanz ein bedingtes Urtheil ergehen muß, so ist nicht über die Berufung als solche, sondern vielmehr über die Sache selbst bedingt zu erkennen.** Eine nur bedingte Entscheidung über ein Rechtsmittel ist der Civilprozeßordnung ebenso fremd, wie sie dem früheren Rechte unbekannt war. Der Wortlaut der Civilprozeßordnung berührt diese Frage nicht ausdrücklich; aber es war eben auch nie daran gedacht worden, daß die Entscheidung über ein Rechtsmittel als solche noch von einem über die Sache selbst zu leistenden Parteieneide abhängig gemacht werden könnte. Immerhin lassen die beiden Schlußsätze des § 499 C. P. O. sogar die Voraussetzung erkennen, daß es andere bedingte Urtheile, als auf die Sache selbst (nicht etwa auf die Berufung als solche) bezügliche, nicht geben werde; denn sonst würden kaum die vom Berufungsgerichte und die in erster Instanz erlassenen bedingten Urtheile einfach einander gegenüber gestellt sein, und zwar in Ansehung der ersteren mit der für die die Berufung als solche betreffenden bedingten Urtheile selbstverständlichen Bestimmung, daß das Berufungsgericht sie zu erledigen habe. (R. G. 14. III. 83.) R. C. XII. (96.) 358—360. A. VII. (151) 485—487.

18. **Es bedarf keiner ausdrücklichen Zurückverweisung an die erste Instanz, wenn das Berufungsgericht nach Verwerfung der Berufung das bedingte Urtheil der ersten Instanz nicht selbst erledigen will.** Die im § 499 neu eingeführte Befugniß des Berufungsgerichts stellt sich als Abweichung von den Grundsätzen der C. P. O. dar: daß jedes Gericht die von ihm abgegebenen bedingten Urtheile selbst zu erledigen hat, und daß die Thätigkeit des Berufungsgerichts mit der Entscheidung über die Gegenstände der Berufungsverhandlung ihr Ende erreicht; ob aber im einzelnen Fall diese Abweichung stattfinden soll, liegt allein im Ermessen des O. L. G., dasselbe „kann" nach den Worten des § 499 der C. P. O. das in erster Instanz erlassene bedingte Urtheil erledigen, wenn die Berufung zurückgewiesen ist. Daraus folgt von selbst, daß es einer ausdrücklichen Willensäußerung des Berufungsgerichts bedarf, wenn es vorkommenden Falls von der fraglichen Befugniß Gebrauch machen will, und daß es bei den sonstigen Regeln bewendet, sobald das Berufungsgericht nicht erklärt, daß es anders verhalten werden solle. Da die Parteien wissen müssen, vor welches Gericht sie einander behufs Erledigung des

Digitized by Google

bedingten Urtheils zu laden haben, außerdem auch die Gerichtsschreiberei des Berufungsgerichts darüber klar werden muß, wie sie mit den Prozeßakten zu verfahren habe, so bedingt ein ordnungsmäßiger Geschäftsgang, daß das Berufungsgericht den etwaigen Beschluß, das bedingte Urtheil selbst zu erledigen, in unmittelbarer Verbindung mit der Entscheidung über das Rechtsmittel der Berufung verlautbare. Wenn dies nicht geschehen ist, so ist kein Zweifel daran berechtigt, daß das Berufungsgericht die ausnahmsweise Ermächtigung des § 499 nicht anwenden wollte. Solchenfalls bedarf es nicht einer ausdrücklichen Zurückverweisung der Sache an die erste Instanz (vgl. die Kommentare zur C. P. O. von Seuffert zu § 499 Anm. 4, Reincke das. Anm. II. 3). Beschluß des O. L. G. zu Kiel (1. Sen.) vom 8. Juni 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (71.) 110—112.

19. **In dem Falle, wenn das erste Urtheil ein unbedingtes ist, darf die Entscheidung über die Berufung nicht abhängig gemacht werden von der Bedingung der Eidesleistung oder Eidesverweigerung.** Es entspricht schon der Logik nicht, daß zwei von einander abweichende Urtheile über denselben Gegenstand zeitweilig formell neben einander bestehen. Sh. hierüber oben S. 696 Nr. 17. Sodann weiter: Barkhausen hat in seinen Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Jahrg. 26 S. 803 ff., geltend gemacht, daß, so lange über die Berufung nur erst bedingt erkannt sei, bei für vorläufig vollstreckbar erklärtem unbedingten Endurtheile erster Instanz die etwa bereits erfolgte Vollstreckung einstweilen noch nicht nach § 655 der R. C. P. O. rückgängig gemacht zu werden brauche. Aber gerade an solchen Fällen wird deutlich, wie verkehrt es ist, über die Berufung als solche bedingt zu erkennen. Jenes praktische Ziel, eine vorläufige Vollstreckbarkeit einstweilen aufrecht zu halten, von der nach der Entscheidung des Berufungsgerichtes bereits feststeht, daß sie jedenfalls verfrüht verfügt worden ist, verdient nämlich nichts weniger als Billigung. Barkhausen selbst muß anerkennen, daß auch in den Motiven zu § 655 der R. C. P. O. wenigstens dem Wortlaute nach gerade die entgegengesetzte Meinung hervortritt. Auch hat die R. C. P. O. selbst in einer verwandten Frage den entgegengesetzten Grundsatz befolgt, indem in § 648 unter Nr. 5 die Urtheile, durch welche Arreste oder einstweilige Verfügungen aufgehoben werden, zu denjenigen Urtheilen gestellt sind, welche auch ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar erklärt werden sollen. (R. G. 14. III. 83.) A. VII. (151.) 485—487. R. C. XII. (96) 358—360.

20. **Wenn das Berufungsgericht in der Lage ist, die Berufung einfach zurückweisen zu können, so ist es von seinem Ermessen abhängig, ein bedingtes Endurtheil selbst zu erledigen, oder dessen Erledigung dem ersten Richter zu überlassen; wenn es aber das erste Urtheil betreffs der Eidesauflage und ihrer Folgen, wenn auch in unbedeutenden Punkten, geändert und ein neues bedingtes Endurtheil gegeben hat, ist es nach der klaren Bestimmung des § 499 C. P. O. verpflichtet, dieses Urtheil selbst zu erledigen.** (R. G. 14. III. 82.) R. C. VI. (133.) 427. (R. C. V. (117.) 411 ff.)

Ausnahmen.

§ 500. **§ 500.**

Das Berufungsgericht hat die Sache, insofern eine weitere Verhandlung derselben erforderlich ist, an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen:

Digitized by Google

1. wenn durch das angefochtene Urtheil ein Einspruch als unzulässig verworfen ist;
   § 306.
2. wenn durch das angefochtene Urtheil nur über prozeßhindernde Einreden entschieden ist;
   §§ 247, 248, 465.
3. wenn im Falle eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs durch das angefochtene Urtheil über den Grund des Anspruchs vorab entschieden ist;
   § 276.
4. wenn das angefochtene Urtheil im Urkunden- oder Wechselprozesse unter Vorbehalt der Rechte erlassen ist;
   §§ 562, 563.
5. wenn das angefochtene Urtheil ein Versäumnißurtheil ist.
   § 295 ff. Ger. K. G. § 31.

Im Falle der Nr. 2 hat das Berufungsgericht die sämmtlichen prozeßhindernden Einreden zu erledigen.

1. **Abs. 1.** Die Worte: **„insofern eine weitere Verhandlung derselben erforderlich ist"**, bedeuten lediglich soviel: „insofern nicht schon die zweitinstanzliche Entscheidung die Sache beendigt". Nicht aber drücken sie schlechthin den Satz aus: „insofern es einer weiteren Verhandlung bedarf". Es darf nicht übersehen werden, daß die Bestimmungen des § 499 C. P. O. über die Wirkungen der Devolution des Rechtsstreites durch den § 500 C. P. O. wesentlich eingeschränkt sind. Wenn die erste Instanz z. B. nur über prozeßhindernde Einreden erkannt hat, erwächst die Sache auch nur rücksichtlich dieser Einreden und (vgl. § 500 Abs. 2 a. a. O.) etwaiger anderer prozeßhindernder Einreden zur zweiten Instanz. Es ist gleichgültig, ob die erste Instanz bereits in der Sache selbst verhandelt hat. Nicht auf die Verhandlung, sondern auf die Entscheidung der ersten Instanz kommt es an. Die Motive zu § 500 C. P. O. besagen dies übrigens ausdrücklich. Sie heben hervor: „Ein Urtheil (des Berufungsgerichtes), über prozeßhindernde Einreden ohne Unterschied, ob das Berufungsgericht die den Einwand verwerfende Entscheidung des ersten Richters bestätigt oder den in erster Instanz für begründet angenommenen Einwand unter Abänderung des angefochtenen Urtheiles verwirft, hat sich mit der Sache selbst noch nicht befaßt. Es würde, wenn das Urtheil des Berufungsgerichtes sich auf andere Streitpunkte, als die in erster Instanz entschiedenen erstreckte, der Gegenstand des Rechtsstreites in zweiter Instanz ein anderer sein, als in erster Instanz." Der § 500 stellt Ausnahmen von der Regel des § 499 a. a. O. auf. In den im § 500 erwähnten fünf Fällen soll, sofern nicht die Entscheidung der zweiten Instanz die Sache erledigt, eine Zurückverweisung an die erste Instanz unbedingt stattfinden, selbst dann, wenn in erster Instanz bereits über die Sache verhandelt wurde. (R. G. 14. X. 84.) R. C. XII. (109.) 377. 378.

2. **Wird eine Sache zur anderweiten Verhandlung an das Gericht unterer Instanz zurückverwiesen, so bildet das weitere Verfahren mit dem früheren Verfahren vor diesem Gerichte im Sinne des § 28 G. K. G. eine Instanz.** (R. G. 19. XII. 83.) R. C. X. (140.) 426.

3. **Die Revision gegen ein Urtheil des Berufungsrichters, durch welches die Sache zur Entscheidung in die erste Instanz zurückgewiesen wird, ist zulässig.** Eine derartige Entscheidung ist ein Endurtheil, welches für und gegen die Prozeßparteien formelle Rechtskraft erzeugt, sofern es nicht durch die gegebenen Rechtsmittel angegriffen und in der höheren Instanz geän-

Digitized by Google

dert wird. Die Definition von Endurtheilen, welche die Motive zur C. P. O. S. 297 dahin geben: „diejenigen Urtheile, durch welche ganz oder theilweise über den Klagantrag als solchen entschieden, und somit der Rechtsstreit selbst erledigt wird", ist keine den Begriff völlig erschöpfende (vergl. C. P. O. §§ 248. 276. 562). (R. G. 9. XII. 81.) R. C. VI. (94.) 336.

4. **Ziff. 2. Der § 500 Abs. 1 Nr. 2 C. P. O. ist in einem Falle, wo den Worten nach die Klage in erster Instanz „wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges" abgewiesen war, nicht anwendbar.** Die Civilprozeßordnung hat in § 247 Abs. 2 Nr. 2 allein die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges im technischen Sinn im Auge. (R. G. 22. IV. 82.) R. C. X. (94.) 320.

5. **Bei Zurückverweisung der Sache in die erste Instanz nach § 500 Ziff. 2 der R. C. P. O. ist diese an den rechtskräftigen Ausspruch des Berufungsgerichts über ihre Zuständigkeit gebunden.** Es ist selbstverständlich und liegt nach den einfachsten Regeln des Prozeßrechts aller Zeiten in der Natur der Sache, daß eine solche zwischen den Streittheilen Recht schaffende rechtskräftige Entscheidung zweiter Instanz nicht vom erstinstanzlichen Richter wieder im Sinn seiner reformirten Entscheidung geändert werden und derselbe auf sein früher aufgehobenes Urtheil nicht wieder zurückgreifen oder dasselbe, wenn auch vielleicht aus anderen Gründen, wiederholen kann. Denn es ist endgültig über die Zuständigkeit entschieden und wenn auch für die Berufungsinstanz nicht ausdrücklich, wie für die Revisionsinstanz in § 528 Abs. 2 der C. P. O. ausgesprochen ist, daß das die Sache in die erste Instanz zurückverweisende Urtheil des Berufungsrichters den ersten Richter bindet, so ist dies nach der Natur der Sache als eine nothwendige Folge der Zurückweisungsbefugniß des Berufungsrichters anzusehen, an dessen Entscheidung der erste Richter gerade so gebunden ist, wie er nach § 289 an den von ihm selbst erlassenen End- und Zwischenurtheilen festhalten muß. (Wilmowsky u. Levy, Komm. zur C. P. O. 3. Aufl. § 500 Anm. 3 S. 608, 609.) Urtheil des O. L. G. zu Jena vom 25. Juni 1884. Blätter für Rechtspfl. in Thüringen und Anhalt Bd. 32 S. 90 ff. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 256 S. 368. 369.

6. **Ziff. 3. Ueber die Frage, wann bei einem nach Grund und Betrag streitigen Klagantspruche über den Grund „vorab" entschieden ist,** (R. G. 3. I. 84.) s. § 276 Abs. 1 ad R. C. X. (141.) 428—433. A. IX. (77.) 351—355.

7. **Ueber den Grund „vorab" entschieden ist nicht dann, wenn das Urtheil thatsächlich nur eine Entscheidung über den Grund des Anspruches enthält, sei es, daß derselbe als vorhanden anerkannt, oder daß er verworfen ist, sondern nur dann, wenn das Gericht vorher beschlossen hatte, es solle nur über den Grund entschieden werden.** (R. G. 10. XII. 81.) R. C. VI. (13.) 57. (R. C. V. (117.) 411. X. (141.) 429—431. VIII. (104.) 361.

8. **Darüber, daß keine Zurückweisung in die erste Instanz nach § 500 Ziff. 3 der C. P. O. stattfindet, wenn nicht die erste Instanz vorab über den Grund des Anspruchs entschieden hat,** äußert sich noch eine Entscheidung des R. G. vom 3. Mai 1882 folgendermaßen: Die Bestimmung

Digitized by Google

des § 500 Ziff. 3 ist auf den Fall beschränkt, daß die Entscheidung über den Grund des Anspruchs vorab erfolgt ist. Dabei ist eine Theilung der Entscheidung vorausgesetzt, und die vorab über den Klaggrund erfolgte Entscheidung hat wesentlich die Natur eines Zwischenurtheils, wenngleich sie rücksichtlich der Rechtsmittel als ein Endurtheil nach der positiven Bestimmung des § 276 der C. P. O. anzusehen ist. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 268 S. 371. 372.

9. **Der Berufungsrichter ist zur Zurückweisung einer Sache in die erste Instanz auf Grund des § 500 Ziff. 3 C. P. O. dann nicht befugt, wenn in erster Instanz zwar ein Vorbeschluß, „daß über den Grund des Anspruches vorab zu verhandeln und zu entscheiden", gefaßt, demgemäß auch nur über den Grund des Anspruches verhandelt, dann aber ein auf „Abweisung der Klage" lautendes erlassen war?** (Ebenso erkannt vom I. Civilsenate in Bd. 16 Nr. 70 S. 311.) Nach § 500 Ziff. 3 C. P. O. hat das Berufungsgericht die Sache, insoweit eine weitere Verhandlung derselben erforderlich ist, an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen, „wenn im Falle eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruches vorab entschieden ist". Eine solche Vorabentscheidung im Sinne des § 276 C. P. O. liegt jedoch nur dann vor, wenn in erster Instanz über den Grund des Anspruches als eine einzelne Voraussetzung desselben (als ein „einzelnes selbständiges Angriffsmittel") durch Zwischenurtheil besonders entschieden, nicht aber, wenn bereits ein Endurtheil in der Sache selbst abgegeben ist. Denn nach der Bestimmung in § 276 Abs. 2 a. a. O. soll das über den Anspruchsgrund vorab entscheidende Urtheil nur in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil angesehen, also nur in dieser einen Beziehung demselben gleich behandelt werden; es wird daher vorausgesetzt, daß dasselbe nicht selbst schon ein Endurtheil enthält. Ein Endurtheil (§ 272 a. a. O.) ist aber jedes Urtheil, welches durch seine Entscheidung den Rechtsstreit oder den betreffenden Anspruch endlich, oder als bedingtes Endurtheil (§ 425 a. a. O.) durch Auferlegung eines Eides wenigstens bedingt endlich, erledigt, sodaß ein weiteres Urtheil in demselben Rechtsstreite oder über denselben Anspruch (abgesehen von dem das Eidesurtheil läuternden Urtheil) weder erforderlich noch möglich ist. Im Gegensatze dazu kann als ein Zwischenurtheil nur dasjenige Urtheil angesehen werden, welches die Sache noch nicht in dieser Weise zur Erledigung bringt, sondern die Möglichkeit der demnächstigen Abgabe eines Endurtheiles offen läßt, wenngleich es diesem präjudizirt. Wenn aber das Urtheil die Abweisung des Klägers mit seinem Antrage ausspricht, so bleibt zur Abgabe eines weiteren Urtheiles kein Raum, durch die Abweisung wird vielmehr die Sache schlechthin endlich, also eben mittels Endurtheiles, erledigt. Hieran ändert es auch nichts, wenn die Verhandlung auf den Anspruchsgrund beschränkt geblieben ist; denn auch auf Grund beschränkter Verhandlung kann immer ein Endurtheil ergehen, wenn es nämlich zur Abgabe desselben nur der theilweisen Aufklärung des Sachverhältnisses bedurfte. Ebensowenig ist aber der Vorbeschluß, daß nur über den Anspruchsgrund entschieden werden solle, selbst wenn er in den Urtheilsgründen erwähnt wird, maßgebend; denn es kann sehr wohl im Widerspruche mit einem solchen Vorbeschlusse dennoch ein Endurtheil ergehen, und ein

Digitized by Google

solches ist, und zwar in unzweideutiger, der Erläuterung aus den Urtheilsgründen nicht zugänglicher Weise, geschehen, wenn die Urtheilsformel auf Abweisung der Klage lautet. Liegt aber ein Endurtheil erster Instanz vor, so hat sich nach § 499 C. P. O. der Berufungsrichter der Verhandlung und Entscheidung über den ganzen streitigen Anspruch, und zwar mit Einschluß auch derjenigen Streitpunkte zu unterziehen, über welche in erster Instanz nicht verhandelt oder nicht entschieden ist. Die vorstehend dargelegte, auch in der Wissenschaft (z. B. Wilmowsky und Levy, Civilprozeßordnung 4. Aufl. S. 415, 416) vertretene Auffassung, zu welcher schon das Urtheil des I. Civilsenates des Reichsgerichts vom 3. Januar 1884 (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 10 S. 427) hinneigt, ist von dem auch hier erkennenden V. Civilsenate bereits in der gleichen Weise begründet worden in dem amtlich nicht veröffentlichten Urtheile vom 13. Mai 1885 zur Sache L. wider R. Rep. V. 105/85. Im Widerspruch damit stehen zwar die Entscheidungen des III. Civilsenates vom 3. Oktober 1882 (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 8 S. 16) und des I. Civilsenates vom 21. November 1882 (vgl. Entsch. a. a. O. S. 360), letztere, insofern sie für die Frage, ob eine Vorabentscheidung gemäß § 276 vorliege, einen auf den Erlaß einer solchen gerichteten und verkündeten Beschluß als unbedingt entscheidend ansieht, sowie die Entscheidung desselben Civilsenates vom 8. April 1885 (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 14 S. 355). Indessen haben seitdem sowohl der I. Civilsenat durch Urtheil vom 20. Februar 1886 zur Sache M. w. D. Rep. I. 406/85 (auch schon durch Urtheil vom 5. Februar 1886, abgedruckt Bd. 16 Nr. 70 S. 311), als der III. Civilsenat durch Urtheil vom 5. November 1886 zur Sache W. w. B. Rep. III. 248/86 der hier vertretenen Auffassung sich angeschlossen, sodaß der Fall eines durch Beschluß der Vereinigten Civilsenate zu lösenden Widerspruches (§ 137 G. V. G.) nicht mehr vorliegt. Der in dem Urtheile des I. Civilsenates (Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 14 S. 355) für die ältere Ansicht des Senates angeführte Grund, daß sonst im § 276 Abs. 2 C. P. O. die Einschiebung der Worte „wenn der Anspruch für begründet erklärt wird" überflüssig und insofern unlogisch sein würde, ist zudem nicht als zwingend anzusehen. Der Zweck dieser Einschiebung war (Motive S. 218), die durch einzelne Gesetzgebungen (z. B. § 40 Allg. Ger. O. I. 13) für den Fall der Abweisung wegen mangelnden Anspruchsgrundes vorgeschriebene eventuelle Entscheidung über den Betrag auszuschließen. Die in früheren Urtheilen (Entsch. in Civils. Bd. 10 S. 417 und in der Sache wider L. Rep. V. 105/85) angeregte Frage, ob der erste Richter, wenn er den Anspruch wegen mangelnden Grundes hinfällig findet, gemäß § 272 C. P. O. verpflichtet sei, ihn selbst ungeachtet eines Vorbeschlusses, nur über den Grund zu verhandeln, durch Endurtheil abzuweisen, oder ob es in seiner Wahl stehe, auch in solchem Falle ein bloßes Zwischenurtheil des Inhaltes zu erlassen, daß der Anspruch seinem Grunde nach für nicht gerechtfertigt erklärt werde — ein Wahlrecht, durch welches der erste Richter es in der Hand haben würde, für den Fall einer Abänderung des ersten Urtheils die Entscheidung über die Höhe des Anspruchsbetrages dem Berufungsrichter zu überlassen oder sich selbst vorzubehalten — bedarf auch für die vorliegende Sache der Entscheidung nicht. (R. G. 18. XII. 86.) R. C. XVII. (86.) 349—352.

Digitized by Google

10. Nach § 499 R. C. P. O. hat das Berufungsgericht über alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte, über welche in Gemäßheit der Anträge eine Verhandlung und Entscheidung erforderlich ist, selbst wenn in erster Instanz über diese Streitpunkte nicht verhandelt oder nicht entschieden ist, zu entscheiden. Dazu gehört an sich auch der Streitpunkt über die Höhe einer in erster Instanz aberkannten Forderung, und es kann nur in Frage kommen, ob für diesen Fall das Berufungsgericht nach § 500 Nr. 3 die Sache zur Entscheidung über die Höhe des Anspruchs an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen hat. Dies muß verneint werden, denn die Bestimmung des § 500 Nr. 3 ist auf den Fall beschränkt, daß die Entscheidung über den Grund des Anspruchs vorab erfolgt ist. Dabei ist eine Theilung der Entscheidung vorausgesetzt, und die vorab über den Klaggrund erfolgte Entscheidung hat wesentlich die Natur eines Zwischenurtheils, wenngleich sie rücksichtlich der Rechtsmittel als ein Endurtheil nach der positiven Bestimmung des § 276 der R. C. P. O. anzusehen ist. **Hat also der erste Richter nicht vorab über den Klaggrund erkannt, sondern die Sache ganz entscheiden wollen und entschieden, so ist das Berufungsgericht nach §§ 499, 500 Nr. 3 der R. C. P. O. nicht berechtigt, allein über den Klaggrund zu erkennen und die Sache in Betreff der Höhe des Anspruchs in die erste Instanz zurückzuverweisen.** (R. G. 3. V. 82.) A. V. (141.) 538. (R. G. 12. X. 81 f. A. IV. (126.) 430. 431.)

11. Schon mehrfach ist vom R. G. ausgesprochen worden, daß die Bestimmung in § 500 Nr. 3 der C. P. O. bei klagabweisenden Urtheilen erster Instanz jedenfalls nur dann Anwendung finde, wenn irgendwie der Grund des Anspruchs als Gegenstand der zu erlassenden Entscheidung vorher erkennbar ausgesondert sei. (Entsch. des R. G. Bd. 5 S. 412 ff., Bd. 6 S. 57, Bd. 8 S. 361 ff., Bd. 10 S. 428 ff.) Dabei ist aber immer die Frage offen gelassen, ob die Bestimmung nicht überhaupt auf solche Urtheile zu beschränken sei, welche den Grund des Anspruchs anerkennen, und sogar einige Hinneigung zur Annahme dieser Beschränkung ist bemerkbar geworden nicht nur in dem letzterwähnten Urtheil (Bd. 10 S. 432), sondern auch schon in einem früheren, Bd. 5 S. 376 abgedruckten, ohne daß jedoch die Frage dort eigentlich entschieden worden wäre. Auch die Ansichten der Schriftsteller sind in Betreff dieses Punktes getheilt: für die Beschränkung haben sich ausgesprochen z. B. Wach, Vorträge S. 300 und Struckmann u. Koch (Aufl. 4), Bem. 4 zu § 500; gegen dieselbe z. B. Seuffert (Aufl. 2), Bem. 4 zu § 500. Für die Beschränkung spricht die Analogie von Nr. 4 in § 500, gegen dieselbe die Analogie von Nr. 2 ebendaselbst. Bei näherer Prüfung der Frage hat sich das R. G. jetzt dafür entscheiden zu müssen geglaubt, daß **die Bestimmung in Nr. 3 auch da Anwendung** finden könne, **wo in erster Instanz die Klage abgewiesen war**, und zwar hauptsächlich deßhalb, weil die Einschiebung der Worte: „wenn der Anspruch für begründet erklärt ist" in § 276 Abs. 2 als überflüssig und insofern als unlogisch erscheinen würde, wenn nicht auch ein den Anspruch für unbegründet erklärendes Urtheil möglicherweise als ein „über den Grund vorab entscheidendes" im Sinne des § 276 Abs. 1, und daher auch des § 500 Nr. 3 gelten könnte. Urtheil des Reichsgerichts vom 8. April 1885. R. A.

Digitized by Google

1885 beſ. Beil. 6 S. 289. S. A. XLI. bezw. XI. (73.) 113 und R. C. XIV. (101.) 357. 358.

12. **Im Fall des § 500 Nr. 3 der C. P. O. hat die Zurückweiſung nicht bloß dann zu geſchehen, wenn das Gericht erſter Inſtanz den Anſpruch für begründet hält und dies, unter vorläufiger Ausſcheidung des Liquidationsverfahrens, durch Zwiſchenurtheil ausſpricht.** (Vgl. Wilmowsky und Levy, Anm. 1 zu § 276; Struckmann u. Koch, Anm. 4 zu § 500; Petersen, Anm. 3 Nr. 4 zu §§ 498—500; auch Wach, Vortr. S. 200.) Der Umſtand, ob das Urtheil erſter Inſtanz ein End- oder ein Zwiſchenurtheil iſt, iſt für die Beſtimmungen, welche die C. P. O. im § 500 über die Zurückweiſung getroffen hat, nicht entſcheidend geweſen (vgl. § 500 Abſ. 1 Nr. 2), und daher iſt hinſichtlich der Beſtimmung unter Nr. 3 die Auslegung berechtigt, daß unter einer „Vorabentſcheidung" nicht bloß ein den Grund anerkennendes Zwiſchenurtheil, ſondern jede Entſcheidung zu verſtehen iſt, welche unter Ausſcheidung des ganzen Liquidationsverfahrens ſich ausdrücklich auf den Grund des Anſpruchs beſchränkt, und zwar nachdem dies durch einen Beſchluß des Gerichts erkennbar gemacht iſt. **Die §§ 276, 500 Abſ. 1 und 3 haben danach die Bedeutung, daß die C. P. O. dem Gericht die Befugniß gibt, bei Anſprüchen, welche nach Grund und Betrag ſtreitig ſind, die Verhandlung und Entſcheidung auf den Grund zu beſchränken, und daß dieſe Behandlung zur Folge hat, daß die Sache, ſobald der Grund anerkannt wird** — mag dies ſchon in der erſten oder erſt in der zweiten Inſtanz geſchehen — **ſtets behufs Feſtſtellung des Betrages in die erſte Inſtanz zurückkehrt, weil ſonſt der Gegenſtand des Streits in zweiter Inſtanz ein anderer ſein würde, als in der erſten.** (Vgl. Motive zu §§ 266, 479 des Entwurfs, jetzt §§ 276, 500 der C. P. O.; Entſch. des R. G. Bd. 5 S. 376, 412, Bd. 6 S. 57, Bd. 8 S. 362 (abgedruckt in Seuffert's Archiv Bd. 38 Nr. 276) und Bd. 10 S. 428.) Urtheil des O. L. G. zu Kiel vom 18. Juni 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (73.) 114.

13. **Es kann in die erſte Inſtanz nicht zurückverwieſen werden, wenn eine den Klaggrund verneinende Vorabentſcheidung aufgehoben wird.** Die Auslegung der §§ 276, 499, 500 Nr. 3 der C. P. O. iſt eine ſtreitige. Der 1. Civilſenat des R. G. (auch der 3. Civilſenat, vgl. Entſch. des R. G. Bd. 8 S. 17) hat früher eine andere Anſicht vertreten, ſich indeſſen in neueſter Zeit der von anderen Senaten des R. G. und in der Doktrin ſchon früher vertretenen Geſetzesauslegung angeſchloſſen, daß, wenn eine Schadenserſatzklage durch Urtheil erſter Inſtanz abgewieſen iſt, in jedem Fall (auch bei Beſchränkung der Verhandlung in erſter Inſtanz auf den Grund des Anſpruchs) ein eigentliches Endurtheil über den ganzen Anſpruch gegeben iſt, durch die gegen dieſes Urtheil eingelegte Berufung die ganze Streitſache zur Verhandlung und Entſcheidung durch das Berufungsgericht in die Berufungsinſtanz gelangt, der Fall des § 500 Nr. 3 nicht gegeben iſt, und das Berufungsgericht verpflichtet iſt, über den ganzen ſtreitigen Anſpruch, auch in Bezug auf den Schadenserſatzbetrag, zu erkennen. (Urtheil des Reichsgerichts vom 20. Februar 1886.) Iſt in erſter Inſtanz zwar gemäß § 276 der C. P. O. die Verhandlung zunächſt auf den Grund des Anſpruchs beſchränkt, dann aber die Klage abgewieſen worden, ſo iſt dies nicht eine Vorabentſcheidung über den

Digitized by Google

Grund des Anspruchs im Sinne der §§ 276 und 500 Ziff. 3. Der Fall solcher Vorabentscheidung kann vielmehr nur dann eintreten, wenn das Gericht den Anspruch für begründet erachtet. Hierfür ist entscheidend die Erwägung, daß, wenn das Gericht erster Instanz den Anspruch für nicht begründet erachtet und deßhalb die Klage abweist, nicht vorab, d. h. vorläufig nur über den Grund des Anspruchs vorbehaltlich der weiteren Entscheidung über den Betrag desselben in demselben Rechtsstreit erkannt wird, sondern ein Endurtheil vorliegt, auch wenn zuvor die Beschränkung der Verhandlung auf den Grund des Anspruchs beschlossen und dieser Beschluß nicht wieder aufgehoben war. Erachtet hierauf das Berufungsgericht den Anspruch für begründet, so hat es sich der Entscheidung über den Betrag selbst zu unterziehen und darf die Sache nicht in die erste Instanz zurückverweisen. Urtheil des Reichsgerichts vom 12. Juli 1886. Seuffert's Bl. für Rechtsanw. 51. Jahrg. Nr. 25 S. 395. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 168 S. 233. 234.

14. **In die erste Instanz kann nicht zurückverwiesen werden, wenn eine den Klaggrund verneinende Vorabentscheidung aufgehoben wird.** Urtheil des Reichsgerichts vom 30. Oktober 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 263 S. 369. S. hierüber bei § 276.

15. **Ein Berufungsurtheil, durch welches ohne Rechtsverletzung der Anspruch an sich für begründet erklärt, aber unter rechtsirrthümlicher Anwendung des § 500 Ziff. 3 C. P. O. die Sache zur Entscheidung über den Betrag des Anspruches in die erste Instanz zurückverwiesen ist, ist nicht ganz, sondern nur in dem letzteren Punkte vom Revisionsgerichte aufzuheben.** (R. G. 3. I. 84.) R. C. X. (141.) 433.

16. **Gerichtskostengesetz.** Das Gerichtskostengesetz bestimmt in § 31: „Wird eine Sache zur anderweiten Verhandlung an das Gericht unterer Instanz zurückverwiesen (§§ 500. 501. 528 C. P. O.), so bildet das weitere Verfahren mit dem früheren Verfahren vor diesem Gerichte im Sinne des § 28 eine Instanz." **Dagegen bestimmt das Gesetz nicht, daß, wenn das Gericht unterer Instanz nach der Zurückverweisung auf anderweite Verhandlung von neuem erkennt, und gegen dieses neue Urtheil Rechtsmittel eingelegt werden, dies Verfahren auf diese Rechtsmittel in der höheren Instanz im Sinne des § 28 G. K. G. als eine Instanz zu gelten habe.** Eine solche Bestimmung folgt auch nicht aus allgemeinen Prinzipien, wäre vielmehr ganz prinzipwidrig, da von dem Gerichte höherer Instanz in dem früheren und in dem späteren Verfahren über ganz neue Rechtsmittel gegen ganz verschiedene Urtheile verhandelt und erkannt wird, bei welchem Verfahren eine etwaige Gleichheit des materiellen Inhaltes der angegriffenen Urtheile und der prozessualen Stellung der die Urtheile angreifenden Partei, etwas rein Zufälliges wäre. (R. G. 19. XII. 83.) R. C. X. (140.) 426. 427.

§ 501.

§ 501.

Leidet das Verfahren erster Instanz an einem wesentlichen Mangel, so kann das Berufungsgericht unter Aufhebung des Urtheils und des Verfahrens, soweit das letztere durch den Mangel betroffen wird, die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverweisen.

§ 513 Nr. 1—7. Ger. K. G. § 31.

Digitized by Google

1. **Der § 501 gibt dem Berufungsgerichte die Befugniß zur Zurückverweisung der Sache an das erste Gericht nur, wenn das Verfahren an einem wesentlichen Mangel leidet, nicht, wenn die Entscheidung der Sache gegen Gesetze verstößt;** mit dem Urtheile soll dann auch das Verfahren, soweit dasselbe von dem Mangel betroffen wird, aufgehoben werden. **Das Berufungsgericht ist sonach nicht berechtigt, die Sache wegen Mängel des Verfahrens in die erste Instanz zurückzuverweisen, wenn das erste Urtheil durch eine mit der Klage zugestellte Erklärung von Sachverständigen den Beweis des Klaggrundes für geführt erachtet.** Ein Mangel des Verfahrens erster Instanz liegt hier nicht vor; die mündliche Verhandlung hat ordentlich stattgefunden, ein Beweisbeschluß ist nicht gefaßt, ein Beweis nicht aufgenommen, dabei also nicht ein Mangel vorgekommen. (R. G. 18. III. 83.) R. C. IX. (93.) 325.

2. **Die im § 501 vorgesehene Prüfung und Entscheidung hat nicht unbedingt vor dem Eintritte in die Verhandlung über den Berufungsantrag zu geschehen;** die Prüfung der Gesetzmäßigkeit des erstrichterlichen Verfahrens ist nur ein Bestandtheil der dem Berufungsgerichte obliegenden Prüfung der Gesetzmäßigkeit des erstrichterlichen Urtheils und kann daher, ebenso wie letztere, von dem Berufungsgerichte nur ausgeübt werden auf Grund einer über den Berufungsantrag, sei es im allgemeinen oder in entsprechender Beschränkung, stattgefundenen Verhandlung. (R. G. 27. IV. 83.) A. VIII. (17.) 84.

3. **Aufhebung eines Urtheils nach § 501 der C. P. O., wenn dessen Thatbestand nicht erkennen läßt, welches thatsächliche Material in der mündlichen Verhandlung vorgetragen ist.** Urtheil des O. L. G. zu Jena vom 15. Oktober 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 250 S. 362. S. auch Entsch. des Reichsgerichtes vom 18. Januar 1882 in S. A. Bd. 37 bezw. 10 Nr. 346 S. 469. 470.

4. **Ein mangelhafter Thatbestand berechtigt den Berufungsrichter zur Zurückverweisung auf Grund des § 501 C. P. O.** Der Gesetzgeber hat bei der Vorschrift des § 501 auch (vielleicht sogar vorzugsweise) Mängel des Urtheilsverfahrens im Auge gehabt. (S. die Motive zu § 501, § 480 des Entw. S. 311; Hahn S. 360.) Allerdings wird nach § 487 R. C. P. O. in der Berufungsinstanz der Rechtsstreit in den durch die Anträge der Parteien bestimmten Grenzen von neuem verhandelt, und nach § 488 haben die Parteien das angefochtene Urtheil und die Beweisverhandlungen soweit vorzutragen, als dies zum Verständnisse der Berufungsanträge und zur Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung erforderlich ist; es ist also dem Berufungsrichter auch die Möglichkeit nicht verschlossen, ohne Zurückverweisung an das Gericht erster Instanz einen vollständigen Thatbestand herzustellen. Aber eine Hauptfunktion des Berufungsrichters bleibt doch gemäß § 488 die Prüfung der Richtigkeit des Urtheiles erster Instanz (vgl. auch § 473) und der Satz, daß das Verfahren in der Berufungsinstanz ein judicium novum ist, unterliegt erheblichen Einschränkungen. Der Berufungsrichter ist in zahlreichen Fällen genöthigt, auf den Inhalt des angefochtenen Urtheils, ja auf die Verhandlungen erster Instanz überhaupt zurückzugreifen (§§ 488. 489. 491. 492. 494. 495 a. E.). Nun leidet daher der Thatbestand des ersten Urtheiles an so erheblichen Mängeln, daß der

Digitized by Google

Berufungsrichter durch dieselben gehindert ist, die ihm nach § 488 a. a. O. obliegende Prüfung des angefochtenen Urtheiles mit Zuverlässigkeit vorzunehmen, so gibt das Gesetz ihm das Recht zur Zurückverweisung in die erste Instanz, um zunächst eine geeignete Grundlage für diese Prüfung zu schaffen. Dieses Recht des Berufungsgerichtes ist auch bereits durch das in den Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 4 S. 431 mitgetheilte Urtheil des I. Civilsenates anerkannt, und auch in dem daselbst Bd. 2 S. 404 abgedruckten Urtheile des III. Civilsenates ist (freilich nur beiläufig bei Beurtheilung einer auf solchen Mangel gestützten Revision) ein solcher Mangel als wesentlicher Mangel im Sinne des § 501 a. a. O. bezeichnet. Dagegen lag in dem Falle des V. Civilsenates, welcher Bd. 9 der Entscheidungen in Civils. S. 323 mitgetheilt ist, der Mangel des erstinstanzlichen Urtheiles darin, daß der Richter den Beweis des Klagegrundes durch eine eingereichte schriftliche Erklärung von Sachverständigen (also durch den bloßen Antritt des Urkundenbeweises) für geführt erachtet hatte. Der Berufungsrichter hatte auf Grund des § 501 C. P. O. in die erste Instanz zurückverwiesen und dies ist vom Reichsgerichte reprobirt mit der Begründung, daß ein Mangel des Verfahrens nicht vorgekommen sei, sondern nur die Entscheidung der Sache gegen das Gesetz verstoße, indem das (erstinstanzliche) Gericht einen angetretenen Beweis für aufgenommen und geführt gehalten habe. In der That betrifft die Prüfung, ob ein Hergang dem Gesetze entsprechend geeignet ist, die Ueberzeugung von der Wahrheit einer Thatsache herzustellen, nicht das für die Beweisaufnahme oder die Abfassung des Urtheiles vorgeschriebene Verfahren, sondern die eigentlich judizirende Thätigkeit des Richters, d. h. die Subsumtion des Herganges unter den die Beweisführung betreffenden Rechtssatz. Wach sagt in seinen Vorträgen (S. 197) zum Verständnisse des § 501 a. a. O., welchen er als ein ebenso schwieriges, wie wichtiges Gesetz bezeichnet, daß sich dasselbe auf den Fall des Fehlers in procedendo, nicht in judicando bezieht. Wenn er hinzufügt: „und zwar speziell auf den Fall, daß der Prozeßfehler nicht im Urtheilsverfahren, sondern in dem vorangegangenen Verfahren steckt", schließt er Prozeßfehler des Urtheilsverfahrens gerade mit ein. (R. G. 13. XII. 86.) R. C. XVII. (88.) 361—364.

5. **Findet das Berufungsgericht keine Veranlassung, in Anwendung des § 501 C. P. O. unter Aufhebung des Urtheils erster Instanz die Sache an letzteres zurückzuverweisen, damit von demselben vorerst ein neues Urtheil mit gehörigem Thatbestande erlassen werde, so muß es selbst einen das ganze Sach- und Streitverhältniß darlegenden Thatbestand abfassen.** (R. G. 28. V. 81.) R. C. IV. (126.) 432.

6. **Wird eine Sache zur anderweiten Verhandlung an das Gericht unterer Instanz zurückverwiesen, so bildet das weitere Verfahren mit dem früheren Verfahren vor diesem Gerichte im Sinne des § 28 G. K. G. eine Instanz.** (R. G. 19. XII. 83.) R. C. X. (140.) 426.

7. **Eine Beschwerde gegen das Verfahren des Landgerichts ist mit Umgehung des Berufungsgerichtes in der Revisionsinstanz nicht zulässig.** (R. G. 9. III. 82.) R. C. VI. (54.) 194.

8. **Ein auf Grund des § 501 erlassenes Urtheil ist ein mit der Revision anfechtbares Endurtheil.** Struckmann bezeichnet ein auf Grund

Digitized by Google

des § 501 der C. P. O. erlassenes Urtheil ohne weitere Begründung als Zwischenurtheil. Indessen für diese Auffassung bieten weder der Text noch die Materialien zu § 501 einen Anhalt. Vielmehr widerspricht dieselbe dem § 275 a. a. O., welcher lautet: Ist ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel oder ein Zwischenstreit zur Entscheidung reif, so kann die Entscheidung durch Zwischenurtheil erfolgen. (Vgl. auch §§ 137, 426 Abs. 2 a. a. O.) Daß hiermit und mit den Fällen des § 248 (Urtheil über eine prozeßhindernde Einrede), § 276 (Urtheil über den Grund des Anspruches), § 502 (Berufungsurtheil unter Vorbehalt von Vertheidigungsmitteln) und § 562 a. a. O. (Urtheile im Urkundenprozesse mit Vorbehalt der Rechte der Beklagten), bei welchen Urtheilen sich überall das im § 275 angegebene Merkmal: „daß nur ein Theil der Angriffs- und Vertheidigungsmittel zur Entscheidung reif ist", vorfindet, der Begriff des Zwischenurtheiles hat erschöpft werden sollen, ergeben die Motive S. 217 (Hahn S. 283). Alles dies paßt aber nicht auf ein Urtheil des § 501. Durch dasselbe wird nicht über ein einzelnes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel oder über einen Zwischenstreit entschieden; es enthält keinen antizipirten Bestandtheil der Endentscheidung, sondern es trifft den ganzen Rechtsstreit mit allen in demselben vorgebrachten Rechtsbehelfen, und seine Intention ist darauf gerichtet, den ganzen Rechtsstreit, soweit er dem Berufungsrichter unterbreitet ist, zu erledigen. Der Umstand, daß diese Erledigung in der negativen Weise geschieht, daß eine materielle Entscheidung nicht getroffen wird, weil solche bei gegenwärtiger Lage des Prozesses nicht möglich sei, schließt den Begriff des Endurtheiles nicht aus (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 6 S. 335). Der V. Civilsenat des Reichsgerichtes hat auch in dem, in den Entsch. in Civils. Bd. 9 S. 323 mitgetheilten Urtheile die Revision gegen ein gemäß § 501 a. a. O. erlassenes Urtheil, wenngleich ohne nähere Motivirung, zugelassen. (Vgl. auch die Begründung des Urtheiles der vereinigten Civilsenate vom 20. Oktober 1882 in den Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 7 S. 427.) (R. G. 13. XII. 86.) R. C. XVII. (88.) 359—361.

§ 502. **§ 502.**

Werden nach Vorschrift des § 252 Vertheidigungsmittel zurückgewiesen, so ist die Geltendmachung derselben dem Beklagten vorzubehalten.

Enthält das Urtheil keinen Vorbehalt, so kann die Ergänzung des Urtheils nach Vorschrift des § 292 beantragt werden.

Das Urtheil, welches unter Vorbehalt der Geltendmachung von Vertheidigungsmitteln ergeht, ist in Betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurtheil anzusehen.

§§ 564, 562.

Ueber das Verhältniß zwischen dem unter dem Vorbehalte zur Geltendmachung eines neuen Vertheidigungsmittels ergehenden Zwischenurtheile und dem den Vorbehalt erledigenden Urtheile Folgendes: Nach § 252 können Vertheidigungsmittel, welche die beklagte Partei nachträglich vorbringt, auf Antrag zurückgewiesen werden, wenn das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß die beklagte Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Vertheidigungsmittel nicht früher vorgebracht hat. Und nach § 502 ist, wenn in der Berufungsinstanz dergleichen Vergleichungsmittel zurückgewiesen werden, der beklag-

Digitized by Google

ten Partei die Geltendmachung derselben vorzubehalten. Das Urtheil aber, welches unter Vorbehalt der Geltendmachung von Vertheidigungsmitteln ergeht, ist in betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen: es ist also im Gesetze als der Rechtskraft fähig gedacht. Daraus folgt, daß sowohl das Berufungsgericht in seinem den Vorbehalt erledigenden Urtheile, als auch das Revisionsgericht bei Entscheidung über die gegen dies letztere Urtheil gerichtete Revision an das unter dem Vorbehalte der Geltendmachung eines Vertheidigungsmittels ergangene Urtheil innerhalb der Grenzen der Rechtskraft gebunden ist. Es fragt sich also, wieweit die Grenzen der Rechtskraft gehen. Allerdings sind die in den Entscheidungsgründen des zweiten Urtheils in Bezug genommenen thatsächlichen Feststellungen des ersten Zwischenurtheils nach § 293 der Rechtskraft nicht fähig. Die Rechtskraft beschränkt sich vielmehr auf den Inhalt der Dispositive des Urtheiles, in welcher jene Feststellungen nicht enthalten sind. Rechtskräftig ist also das erste Zwischenurtheil insoweit, als darin dem Kläger der geltend gemachte Anspruch dem Grunde nach unter der Voraussetzung zuerkannt wird, daß der Beklagte das vorbehaltene Vertheidigungsmittel nicht geltend macht oder den Beweis desselben nicht erbringt. Das den Vorbehalt erledigende Urtheil des Berufungsgerichtes hat sich also in erster Reihe auf die Frage zu erstrecken, ob der Beweis des vorbehaltenen Vertheidigungsmittels erbracht ist. Bei Bejahung der Frage muß das erste Zwischenurtheil seine Wirkung verlieren, die ja von Anfang an durch den Vorbehalt des Vertheidigungsmittels beschränkt ist. Damit wird der ganze Sach- und Streitstoff für eine anderweite Beurtheilung innerhalb der Grenzen der Berufungsbeschwerde frei. Mit der Verneinung der Frage erledigt sich der Vorbehalt. Die unter dem Vorbehalte erlassene Entscheidung wird damit eine vorbehaltlose, definitive. (R. G. 17. XII. 83.) R. C. X. (132.) 406—410.

§ 503. § 503.

In Betreff der Vertheidigungsmittel, deren Geltendmachung dem Beklagten vorbehalten ist, bleibt der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz anhängig.

Insoweit sich in dem weiteren Verfahren ergibt, daß der klagend geltend gemachte Anspruch unbegründet war, ist das frühere Urtheil aufzuheben, der Kläger mit dem Anspruch abzuweisen und auf Antrag zur Erstattung des von dem Beklagten auf Grund des Urtheils Gezahlten oder Geleisteten zu verurtheilen, sowie über die Kosten anderweit zu entscheiden.

§§ 564, 563.

Versäumnißverfahren.

§ 504. § 504.

Die Vorschriften über das Versäumnißverfahren in erster Instanz finden entsprechende Anwendung.

Beantragt der Berufungskläger gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Berufungsbeklagten das Versäumnißurtheil, so ist, soweit das festgestellte Sachverhältniß nicht entgegensteht, das thatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers für zugestanden zu erachten und in Ansehung einer zulässigerweise beantragten Beweisaufnahme anzunehmen, daß sie das in Aussicht gestellte Ergebniß gehabt habe.

1. Abs. 1. Allerdings hat nach § 497 C. P. O. das Berufungsgericht von Amts wegen zu prüfen, ob die Berufung an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei; aber wie ein ungünstiges Ergebniß dieser Prüfung im Allgemeinen die zunächst nur dem Berufungskläger nachtheilige Folge hat, daß das Rechtsmittel

Digitized by Google

als unzulässig verworfen werden muß, so ist auch nur der Berufungskläger diejenige Partei, welcher die betreffenden Nachweisungen obliegen. Wenn daher der Berufungskläger im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint, so ist auf jene Prüfung überhaupt noch nicht einzugehen, ebensowenig wie auf die andere, ob die Berufung begründet sei. **Es genügt, daß nach § 504 Abs. 1 vgl. mit § 295 C. P. O. auf Antrag des Berufungsbeklagten die Berufung zurückgewiesen wird, wobei unentschieden bleibt, ob sie als unzulässig oder als unbegründet angenommen wird.** Keinesfalls aber dürfte auf Grund des § 300 Abs. 1 Nr. 1 C. P. O. von dem erschienenen Berufungsbeklagten als eine Voraussetzung für die Erlassung des Versäumnißurtheils verlangt werden, daß er die Zulässigkeit der Berufung darthue; denn diese Gesetzesbestimmung hat nur solche „Nachweisungen" im Auge, welche an und für sich der erschienenen Partei obliegen. (Vgl. auch Wagemann in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. 6 S. 60 ff.) Da aber nach § 477 Abs. 2 C. P. O. eine etwa vor Zustellung des Urtheiles erster Instanz geschehene Berufungseinlegung überhaupt rechtlich wirkungslos ist, also auch nicht die Wirkung ausüben darf, daß die Berufung bereits durch ein der Rechtskraft fähiges Versäumnißurtheil zurückgewiesen wird, so ist allerdings **von dem erschienenen Berufungsbeklagten der Nachweis zu verlangen, daß und wann die Zustellung des Urtheiles erfolgt ist.** Wird dann eine Zustellung nachgewiesen, welche nicht später fällt, als die aus den Gerichtsakten ersichtliche Terminsbestimmung, so steht der Erlassung des Versäumnißurtheils nichts mehr im Wege, indem gegen den nicht erschienenen Berufungskläger ohne Weiteres angenommen werden darf, daß er die mit der Terminsbestimmung versehene Berufungsschrift dem erschienenen Berufungsbeklagten auch habe zustellen lassen. Wird nur eine hinter das Datum der Terminsbestimmung fallende Zustellung des Urtheiles nachgewiesen, so muß der Berufungsbeklagte daneben freilich noch den Nachweis erbringen, daß auch die Berufungsschrift ihm nicht früher zugestellt sei. (R. G. 5. IV. 84.) R. C. XII. (102.) 364. 365.

2. **Versäumniß des Berufungsklägers. Der Beklagte hat die Zulässigkeit der Berufung nicht nachzuweisen.** Den ungehorsamen Kläger bedroht das Gesetz schlechthin mit dem prozessualischen Nachtheil, daß auf Antrag des Beklagten die Klage abzuweisen ist, ohne daß auf eine Prüfung der Materialien oder Formalien weiter einzugehen ist. Eine solche Prüfung findet vielmehr nur dann statt, wenn auf zulässigen Einspruch der Prozeß nach § 307 der C. P. O. in die Lage zurückversetzt ist, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumniß befand. Es folgt dies auch mit Nothwendigkeit daraus, daß der Berufungskläger, nicht aber der Berufungsbeklagte, im Verhandlungstermin die Beobachtung der Formalien durch Vorlegung der betreffenden Zustellungsurkunde darzulegen hat, wozu überdies der Berufungsbeklagte häufig nicht einmal im Stande sein wird, und daß mithin die Vorschrift des § 295 illusorisch werden würde, wenn ein Versäumnißurtheil erst erlassen werden könnte, nachdem in Gemäßheit des § 497 das Berufungsgericht zuvor die Statthaftigkeit und Zulässigkeit der Berufung geprüft und konstatirt hätte. Der § 497 ist nur präjudiziell für die Frage, ob überhaupt eine Entscheidung über die materialia causae erfolgen kann, enthält aber keine Voraussetzung für das gegen

Digitized by Google

den ungehorsamen Kläger zu erlassende Versäumnißurtheil. Beschluß des O. L. G. zu Rostock vom 23. Oktober 1880. Mecklenb. Zeitschr. f. Rechtspfl. 2c. Bd. 2 S. 97. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 184 S. 237. 238. S. hierüber namentlich noch bei § 497 mehrere Fälle.

3. **Zulässigkeit des Verlangens eines Theil-Versäumnißurtheils.** (R. G. 26. XI. 1884.) U. u. A. I. (126.) 202.

4. **Abs. 2. Auch in der Berufungsinstanz kann im Termine zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte die erschienene Partei gegen die ausgebliebene nicht sofort das Versäumnißurtheil beantragen.** Nach § 504 ist, ebenso wie nach §§ 295—297, das Versäumnißurtheil dadurch bedingt, daß die eine Partei in einem Termine zur mündlichen Verhandlung, beziehungsweise zur Fortsetzung derselben, ausgeblieben ist. Wenn auch nach § 335 Abs. 1, falls die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte erfolgt, der Beweisaufnahmetermin zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt ist, so nimmt er diesen Charakter doch erst nach wirklich erfolgter Beweisaufnahme an; denn das Gesetz spricht von dem Termine, „in welchem die Beweisaufnahme stattfindet", nicht schlechtweg von demjenigen, welcher zur Beweisaufnahme bestimmt ist. Für den Termin zur Beweisaufnahme als solchen verordnet dagegen § 332 Abs. 1, daß ungeachtet des Ausbleibens einer Partei die Beweisaufnahme insoferne zu bewirken ist, als dies nach Lage der Sache geschehen kann. (R. G. 20. III. 80.) R. C. I. (87.) 238—240.

5. Wenn in § 504, welcher den Zweck hat, das Versäumnißverfahren in der Berufungsinstanz zu regeln, in Abs. 2 in Konsequenz des der Berufung zu Grunde liegenden allgemeinen Gedankens, wonach das zu Gunsten des Berufungsbeklagten in erster Instanz ergangene Urtheil nicht völlig ignorirt werden kann, abweichend von dem für die erste Instanz in § 296 aufgestellten Grundsatze bestimmt ist, „beantragt der Berufungskläger gegen den im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Berufungsbeklagten das Versäumnißurtheil, so ist, soweit das festgestellte Sachverhältniß nicht entgegensteht, das thatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers für zugestanden anzunehmen", so folgt daraus **nicht, daß das festgestellte Sachverhältniß dem Berufungsgerichte an sich für bekannt gilt. Es ergibt sich vielmehr aus § 488, daß dasselbe dem Berufungsgerichte mündlich von dem Berufungskläger vorzutragen ist, da die hier für die mündliche Verhandlung der Berufung gegebene allgemeine Vorschrift auch auf das Versäumnißverfahren in der Berufungsinstanz Anwendung findet, und daß, falls der Vortrag des erschienenen Anwaltes ein unvollständiger ist, der Vorsitzende für eine Vervollständigung desselben Sorge zu tragen hat, um das Gericht in die Lage zu setzen, zu prüfen, ob das in dem Urtheil erster Instanz festgestellte Sachverhältniß dem Antrage des Berufungsklägers nicht entgegensteht.** (R. G. 25. I. 81.) R. C. IV. (102.) 371. A. III. (151.) 538. 539.

Thatbestand des Berufungsurtheils.

§ 505.

§ 505.

Bei der Darstellung des Thatbestandes im Urtheil ist eine Bezugnahme auf das Urtheil voriger Instanz nicht ausgeschlossen.

§ 284 Nr. 3 u. 4.

Digitized by Google

1. **Es kann nicht allemal als eine unabweisliche Aufgabe des Berufungsgerichtes betrachtet werden, sein Urtheil mit einer selbständigen Darstellung des ganzen Sach- und Streitverhältnisses auszustatten.** Nicht nur ist, wie dies auch im § 505 C. P. O. ausdrücklich anerkannt ist, im Zusammenhange der Darstellung überhaupt eine Bezugnahme auf das Urtheil der ersten Instanz zuläßig, sondern es ist auch, obgleich nach § 487 C. P. O. der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen vor dem Berufungsgerichte von neuem verhandelt wird, zunächst immer nur der Thatbestand des Berufungsverfahrens als solchen, den das Berufungsgericht in seinem Urtheile darzustellen hat. Dabei wird als Ausgangspunkt immer schon das Urtheil erster Instanz mit dem in ihm fixirten Thatbestande vorausgesetzt, und falls ein solcher in gehöriger Weise vorliegt, wird es regelmäßig genügen, wenn das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf denselben nur feststellt, inwiefern die Parteien dabei einfach stehen geblieben oder Abweichungen vorgekommen sind. (R. G. 28. V. 81.) R. C. IV. (126.) 432. (A. IV. (24.) 78. 79. R. C. X. (93.) 318.)

2. **Aus der Bezugnahme des Berufungsgerichtes auf den Thatbestand des Untergerichts zu schließen, daß der erhebliche Inhalt des letzteren, wie es auch nach § 488 zu geschehen hat, in der mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz vorgetragen worden ist. Um deßhalb ein Stück jenes Inhalts von der Würdigung bei der Urtheilsfällung ausschließen zu dürfen, ist die positive Konstatirung erforderlich, daß die Partei die betreffende Behauptung fallen gelassen hat.** (R. G. 23 VI. 81.) R. C. V. (115.) 404.

3. Der Thatbestand muß dem Revisionsgericht eine brauchbare Grundlage zur Fällung eines den Rechtsstreit definitiv entscheidenden Urtheils dadurch gewähren, daß er die Prüfung ermöglicht, ob die thatsächlichen Feststellungen des B. G. (der Vorschrift des § 259 der C. P. O. entsprechend) unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und Beweisergebnisse getroffen seien, sowie ob bei der Beurtheilung des Streitfalles sämmtliche von den Parteien geltend gemachten Momente vergegenwärtigt und das B. U. in Bezug auf alle diese Momente (im Sinne des § 284 Nr. 4 der C. P. O.) mit Entscheidungsgründen versehen sei. Nach der Bestimmung des § 505 der C. P. O. ist es allerdings **nicht ausgeschlossen, daß bei der Darstellung des Thatbestandes in dem B. U. auf das Urtheil erster Instanz Bezug genommen werde.** Diese Bezugnahme darf erfolgen in Bezug auf bestimmte Theile des von dem Richter erster Instanz gegebenen Thatbestandes zur Klarlegung eines bestimmten relevanten Momentes des Sachverhalts, welches bei der Bezugnahme in dem B. U. im Allgemeinen gekennzeichnet ist. Es darf auch in dem B. U. auf den Thatbestand des ersten Urtheiles im Ganzen (unter Hinzufügung des neuen Vorbringens und der neuen Beweisergebnisse in der Berufungsinstanz) Bezug genommen werden, wenn dieser Thatbestand (welcher durch eine solche Bezugnahme zu einem integrirenden Theile des B. U. wird), der Norm des § 284 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 der C. P. O. genügt. Nach diesen Gesetzesbestimmungen ist bei der Darstellung des Thatbestandes (d. h. bei der gedrängten Vergegenwärtigung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge) eine Be-

Digitized by Google

zugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und die zum Sitzungsprotokolle erfolgten Feststellungen nicht ausgeschlossen; indessen ist im Sinne des Gesetzes solches nur in der Art statthaft, daß die gedrängte, in dem Urtheil unmittelbar gegebene Darstellung des Sach- und Streitstandes (durch Bezugnahme in bestimmte Beziehungen auf bestimmte Schriftsätze, in deren betreffender Stelle der Inhalt des stattgehabten mündlichen Vortrags der Parteien richtig fixirt sei) eine klare, präzise Ergänzung erhält. (R. G. 11. VII. 85.) U. u. A. III. (80.) 196. 197.

4. **Auslegung des die Parteibehauptungen nicht präzis wiedergebenden Thatbestandes des Berufungsurtheiles.** (R. G. 10. V. 80.) S. hierüber einen Fall R. C. II. (38.) 143.

4. Thätigkeit der Gerichtsschreiberei des Berufungsgerichts.

§ 506.

§ 506.

Der Gerichtsschreiber des Berufungsgerichts hat innerhalb vierundzwanzig Stunden, nachdem die Berufungsschrift zum Zwecke der Terminsbestimmung eingereicht ist, von dem Gerichtsschreiber des Gerichts erster Instanz die Prozeßakten einzufordern.

Nach Erledigung der Berufung sind die Akten dem Gerichtsschreiber des Gerichts erster Instanz nebst einer beglaubigten Abschrift des in der Berufungsinstanz erlassenen Urtheils zurückzusenden.

§§ 34, 98, 646.

Abs. 2. Für die dem Gerichtsschreiber erster Instanz mitzutheilende beglaubigte Abschrift des Berufungsurtheiles sind Schreibgebühren zu erheben. Diese Abschrift erscheint nicht als eine solche der Verhandlung oder Entscheidung über die Prozeß- oder Sachleitung, für welche nach § 47 Ziff. 1 Gerichtsgebühren außer Ansatz bleiben, sondern als die Ausführung eines nach § 18 Ziff. 3 G. K. G. gebührenpflichtigen Aktes und wird deßhalb von der Bestimmung des Art. 2 des Gesetzes vom 29. Juni 1881 bezw. dem § 80a G. K. G. nicht berührt. Zu den prozeßleitenden Anordnungen gehören unter anderen die in § 47 a. a. O. zur Abschneidung von Zweifeln besonders hervorgehobene Bestimmung oder Aenderung von Terminen und Fristen, nicht minder die Ablehnung von Terminsbestimmungen, die Verfügung über Trennung oder Verbindung der Verhandlung mehrerer Ansprüche, die Ladung der Parteien zum persönlichen Erscheinen vor Gericht. Für die Ausfertigung solcher Verfügungen waren nach § 79 Ziff. 1 G. K. G. Schreibgebühren als baare Auslagen der Gerichte zu erheben. Darin hat das Gesetz vom 29. Juni 1881 Art. 2 durch Einfügung des § 80a zum G. K. G. eine Aenderung getroffen, indem es — abgesehen von den in den §§ 4. 6. 16. 45 Ziff. 2 bis 14 und § 57 G. K. G. vorgesehenen Entscheidungen und Verhandlungen — auch diejenigen über die Prozeß- und Sachleitung nach § 47 Ziff. 1 a. a. O. von dem ferneren Ansatze von Schreibgebühren ausnahm. Alle sonstigen in § 80a nicht aufgeführten, von Amts wegen anzufertigenden Ausfertigungen und Abschriften, gleichviel, ob die Anordnung dazu vom Gerichte ausgeht oder deren Ertheilung dem Gerichtsschreiber im Gesetze (der Civilprozeßordnung) selbst auferlegt ist, unterliegen nach wie vor der Berechnung und Erhebung von Schreibgebühren. Es ist auch kein innerer Grund vorhanden, welcher die Befreiung der dem Gerichte erster Instanz mitzutheilenden beglaubigten Abschrift des Berufungsurtheiles von Schreibgebühren zu rechtfertigen

Digitized by Google

vermöchte. Zunächst hat regelmäßig der Gerichtsschreiber erster Instanz auf Grund der Prozeßakten die Zeugnisse über die Rechtskraft der Urtheile zu erlassen (§ 646 C. P. O. vergl. mit § 35 Ziff. 1 und § 38 des G. K. G.); sodann ist auch für das Gericht erster Instanz zur Beurtheilung seiner Zuständigkeit in gewissen Inzidentstreitigkeiten und zur Kostenfestsetzung (§§ 34. 98 C. P. O.), sowie noch in manchen anderen Beziehungen die Kenntniß des Berufungsurtheiles nothwendig. Wesentlich aber fällt in's Gewicht, daß die fragliche Abschrift die Bemerkung über die Verkündigung des Urtheils und, wenn vor Rücksendung der Akten von dem Gerichtsschreiber des Berufungsgerichtes eine vollstreckbare Ausfertigung ertheilt wurde, auch die Bemerkung hierüber enthalten muß (§§ 286. 662. 670 C. P. O.). Nimmt man hinzu, daß zur Rücksendung der Akten und Ertheilung jener Abschrift die Rechtskraft des Berufungsurtheiles nicht abgewartet zu werden braucht, und daß die erforderlichen Ausfertigungen des Urtheiles auf Grund der übersendeten Abschrift von dem Gerichtsschreiber der ersten Instanz ertheilt werden können (§§ 288. 262 C. P. O. und Kommissionsprotokolle S. 247), so ergibt sich, daß die fragliche Kopie nicht zur bloßen Prozeß- und Sachleitung im Sinne des § 47 Ziff. 1 G. K. G. gehört, vielmehr alles in sich begreift, was einerseits zur etwaigen weiteren Fortsetzung des Prozesses in erster Instanz, andererseits zur etwaigen Zwangsvollstreckung erforderlich erscheint. (R. G. 10. IV. 83.) R. C. XI. (109.) 409—412.

Zweiter Abschnitt.

Revision.

1. Zulässigkeit.

§ 507. **§ 507.**

Die Revision findet gegen die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Endurtheile statt.

§§ 472, 248 Abs. 2, 276 Abs. 2, 562 Abs. 3.

1. Ueber **„Endurtheil" und „Zulässigkeit der Revision hiergegen"** s. § 472 ad **R. C. VII. (127.) 426** u. § 427 Abs. 1 **R. C. VII. (127.) 428 ff.**

2. **Zulässigkeit der Revision gegen ein keine Endentscheidung enthaltendes, aber die Berufungsinstanz endgültig erledigendes Urtheil.** Urtheil des Reichsgerichts vom 18. Oktober 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 257 S. 369 f.

3. **Zulässigkeit der Revision gegen ein vom O. L. G. in erster Instanz erlassenes, eine einstweilige Verfügung betreffendes Urtheil.** In § 816 Abs. 1 a. a. O. ist nämlich die Anordnung einer einstweiligen Verfügung zuvörderst dem Gericht der Hauptsache, also dem L. G., überwiesen, weil nach der Auffassung der Motive zu § 761 des Entwurfs (Hahn, Materialien Bd. 2 S. 477) regelmäßig nur dieses Gericht in der Lage sein wird, zu beurtheilen, ob es einer einstweiligen Verfügung bedarf. Wenn jedoch die Hauptsache in der Berufungsinstanz anhängig ist, so soll nach § 821 das Berufungsgericht als das für die Erlassung der einstweiligen Verfügung zuständige Gericht der Hauptsache angesehen werden. — Da die O. L. G. im Civilprozeß grundsätzlich nur als Gerichte zweiter In-

Digitized by Google

stanz in Betracht kommen (§ 123 des G. V. G.), selbst wenn sie über ein nach § 491 Abs. 1 der C. P. O. zulässiges neues Parteivorbringen richterliche Entscheidungen erlassen, so kann auch den von ihnen in Gemäßheit des § 821 gefällten Erkenntnissen die Bedeutung von den. in der Berufungsinstanz erlassenen Urtheilen nicht abgesprochen werden. Die Statthaftigkeit der Revision findet sonach in dem Wortlaut des § 507 der C. P. O. genügende Rechtfertigung. Hierfür spricht ferner der Grund, auf welchem die Bestimmung des § 821 beruht, wie in dem reichsgerichtlichen Urtheil (Entsch. Bd. 5 S. 430, abgedr. in S. A. Bd. 37 Nr. 166) dargelegt ist. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 21. März 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 61 S. 94. 95. S. noch bei § 821.

4. **Die Zurückverweisung der Sache in die erste Instanz in dem Sinne, daß damit die Berufungsinstanz erledigt sei, ist als Endurtheil anzusehen.** (R. G. 14. III. 82.) R. C. VI. (133.) 423. 424. A. V. (93.) 374.

5. **Wenn ein Urtheil nicht ein Endurtheil im Sinne des § 507 der Reichs-Civilprozeßordnung mit § 272 bis 274 und § 276 ist, indem die Hauptsache und somit der Rechtsstreit durch dasselbe weder ganz noch theilweise entschieden wird, sondern wenn damit nur ein einzelnes Angriffsmittel, als zur Entscheidung reif, für unbegründet erachtet wird, ohne daß in der Sache selbst ein Ausspruch erlassen wird (§ 275 der Reichs-Civilprozeßordnung), wenn also das angefochtene Urtheil das Endurtheil lediglich vorbereitet und daher mit demselben nur ein antizipirter Entscheidungsgrund für die Endentscheidung in Frage steht, so kann ein solches Urtheil erst mit der Endentscheidung durch das Rechtsmittel der Revision angefochten werden (§ 510 a. a. O.), und ist eine Revision gegen ein als bloßer Zwischenbescheid sich darstellendes Urtheil unzulässig.** (Seuffert, Kommentar S. 538, Struckmann u. Koch, Kommentar S. 382, Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 1 S. 429.) — (B. O. L. 17. I. 82.) S. IX. (146.) 472—474.

6. **Die Revision ist gegen ein Berufungsurtheil, durch welches einem in erster Instanz zurückgewiesenen Antrage auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zum Einspruche gegen ein Versäumnißurtheil stattgegeben und die Sache zur anderweiten Verhandlung in die erste Instanz zurückverwiesen worden ist, nicht zulässig.** Als Endurtheil stellt sich auch die Entscheidung erster Instanz dar, durch welche ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumniß der Nothfrist zur Erhebung des Einspruches gegen ein Versäumnißurtheil zurückgewiesen worden ist. Die Zurückweisung des Wiedereinsetzungsantrages hat die Bedeutung, daß es bei dem durch das Versäumnißurtheil gemachten Ausspruche sein Bewenden haben soll. Damit ist der Rechtsstreit vollständig entschieden. Gegen das Urtheil erster Instanz ist sonach Berufung zulässig. Wenn nun das Erkenntniß zweiter Instanz das vom ersten Richter angenommene, in der Versäumung der Einspruchsfrist gegen das Versäumnißurtheil bestehende Hinderniß der Rechtsverfolgung bezw. Vertheidigung beseitigen will, in der Sache selbst aber keine Entscheidung trifft, sondern die Entscheidung in der Sache auf dem, mit der Beseitigung jenes Hindernisses gewiesenen Wege nur vorbereiten will, so ist dies kein Endurtheil im Sinne des § 272 C. P. O., sondern fällt unter den Begriff eines Zwischenurtheiles im Sinne des § 275 a. a. O. Auch da-

Digitized by Google

durch erhält es nicht die prozessualische Natur eines Endurtheiles, wenn es nach Vorschrift des § 500 Nr. 1 a. a. O. das Verfahren in der Berufungsinstanz zu erledigen bestimmt ist. Gegen ein Zwischenurtheil aber ist das Rechtsmittel der Revision in der Regel nicht zulässig. Wenn es im § 216 Abs. 2 a. a. O. heißt, daß auf die Entscheidung über die Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrages und auf die Anfechtung der Entscheidung die Vorschriften Anwendung finden, welche in diesen Beziehungen für die nachgeholte Prozeßhandlung gelten, so wird damit die Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrages einem Endurtheile in Ansehung der Rechtsmittel nicht gleichgestellt. Es wird damit die Anfechtung der Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrages den Rechtsnormen unterworfen, welche für die nachgeholte Prozeßhandlung gelten. Die Anfechtbarkeit der gedachten Entscheidung durch Rechtsmittel soll also nicht ausgeschlossen sein. (Vgl. Hahn, Materialien zur C. P. O. Bd. 1 S. 248.) Aber die Frage, ob die Entscheidung einer selbständigen Anfechtung durch Rechtsmittel unterliegt, wird dadurch nicht beantwortet. Diese Frage ist nach den allgemeinen Bestimmungen über die Zulässigkeit der geordneten Rechtsmittel zu entscheiden und danach für den vorliegenden Fall zu verneinen. Denn es liegt keiner der Fälle vor, in welchen einem Urtheile, das virtuell ein Zwischenurtheil ist, die Bedeutung eines Endurtheiles in Ansehung der Rechtsmittel durch positive Vorschrift beigelegt wird, wie dies für die Urtheile über prozeßhindernde Einreden im § 248 C. P. O. für die über den Grund eines Anspruches vorab ergehenden Entscheidungen im § 276 a. a. O., für die dem Beklagten die Geltendmachung von Vertheidigungsmitteln vorbehaltenden Urtheile im § 502 a. a. O., für die im Urkundenprozesse unter Vorbehalt der Rechte ergehenden Urtheile im § 562 a. a. O. geschehen ist. Hieraus folgt, daß die einer Partei ertheilte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand einer Anfechtung mittelst des Rechtsmittels der Revision nur unter der Voraussetzung unterliegt, daß der Rechtsstreit anderweit zur Verhandlung und Entscheidung in zweiter Instanz, und zwar zur Abgabe eines Endurtheiles, gelangt, und der Kläger über letzteres in einer die Zuständigkeit des Revisionsgerichtes begründenden Weise Beschwerde führt. (R. G. 7. VII. 84.) R. C. XII. (106.) 373. 374.

7. **Die Revision des Klägers ist solchen Mitbeklagten gegenüber nicht zulässig, welche in erster Instanz nicht erschienen waren, und gegen welche das Berufungsurtheil nicht ergangen ist.** (R. G. 26. I. 85.) R. C. XIII. (111.) 408.

8. **Die Revision ist nicht zulässig, wenn die Entscheidung des Oberlandesgerichts sich nur der Form nach als Endurtheil darstellt.** Ein Formfehler kann nicht dazu führen, daß die Entscheidung auch materiell als Endurtheil anzusehen ist; vielmehr gehört dieselbe zu denjenigen Entscheidungen, welche, wenn nöthig, nach § 510 erst mit dem Endurtheil durch Revision angefochten werden können. (R. G. 11. V. 80.) R. C. I. (154.) 427—429.

9. **Eine nicht gegen ein Berufungsurtheil eingewendete Revision kann vom R. G. ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß zurückgewiesen werden.** (R. G. 26. IX. 84.) U. u. A. I. (72.) 122.

Digitized by Google

§ 508.

§ 508.

In Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche ist die Zulässigkeit der Revision durch einen den Betrag von fünfzehnhundert Mark übersteigenden Werth des Beschwerdegegenstandes bedingt.

In Betreff des Werths des Beschwerdegegenstandes kommen die Vorschriften der §§ 3—9 zur Anwendung.

Der Revisionskläger hat diesen Werth glaubhaft zu machen. Der Eid als Mittel der Glaubhaftmachung ist ausgeschlossen.

§§ 266, 568 ff., 620, 626.

1. **Abs. 1. Die Revisionssumme wird nicht nach dem Streitgegenstande, sondern nach dem Beschwerdegegenstande** (summa gravaminis) **berechnet**, d. h. nach dem Vermögenswerthe, um welchen sich der Revisionskläger dadurch verkürzt glaubt, daß vom Berufungsgerichte so, wie geschehen, geurtheilt worden ist. (V. O. L. 28. II. 81.) S. IX. (20.) 62. S. A. XLI. bezw. XI. (247.) 375.

2. Zur Darlegung dessen, was unter Beschwerdegegenstand zu verstehen sei, wurde in den Berathungen der Justizkommission des Reichstages bei Erörterungen der Frage, ob die Revisionssumme sich nach dem Streit- oder Beschwerdegegenstande richten solle, von dem Abgeordneten Dr. Bähr, welcher die Anregung zu der nunmehrigen Fassung des § 508 gab, die Bemerkung gemacht: **Beschwerdegegenstand sei nichts anderes als Streitgegenstand der höheren Instanz.** (Hahn, Materialien zur C. P. O., 2. Aufl. S. 1030.) Diese Umschreibung entspricht vollkommen dem Sinne und der Bedeutung des jetzt in das Gesetz aufgenommenen Ausdruckes. Angesichts der offenbaren Verschiedenheit, welche hiernach zwischen Streitgegenstand und Beschwerdegegenstand besteht, **kann die in der Klageschrift nach § 230 Abs. 3 der R. C. P. O. zur Bestimmung der Zuständigkeit gemachte Angabe über den Werth des Streitgegenstandes für die Ausmittlung der Revisionssumme nicht als maßgebend** in Betracht kommen. (V. O. L. 13. III. 82.) S. IX. (175.) 536. 537.

3. **Für die Revisionssumme ist derjenige Betrag maßgebend, um welchen der Revisionskläger durch die angefochtene Entscheidung verkürzt ist, und welchen er mittels der Revision zu erreichen bezweckt.** (Vgl. Seuffert, Arch. N. F. Bd. 6 Nr. 242, Bd. 8 Nr. 73 und Nr. 186; Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 12 Nr. 36 S. 155, Bd. 13 Nr. 90 S. 354, Bd. 15 Nr. 113 S. 407.) — (R. G. 25. III. 87.) R. C. XVIII. (80.) 373.

4. **Bei Bemessung des Beschwerdegegenstandes müssen Vermögensrechte unberücksichtigt bleiben, auf welche Revisionskläger einen Anspruch nicht erhoben hat, wenngleich dieselben Gegenstand des angefochtenen richterlichen Ausspruches bilden;** denn keine Partei kann sich durch einen Urtheilssatz beschwert fühlen, in welchem über ein sie nicht berührendes Rechtsverhältniß erkannt worden ist. Es liegt hier ein Streit unter den Parteien überhaupt nicht vor, welcher von der höheren Instanz entschieden werden könnte. (V. O. L. 13. III. 82.) S. IX. (175.) 538.

5. **Nur der wirklich geltend gemachte, nicht ein etwa später zu besorgender Klagebetrag gibt für die Höhe der Revisionssumme Maß.** (V. O. L. 11. III. 82.) S. IX. (174.) 535. 536.

6. Der Werth des Beschwerdegegenstandes berechnet sich nach dem Vermögenswerthe, um welchen sich der Revisionskläger dadurch ver-

Digitized by Google

kürzt erachtet, daß von dem Berufungsgerichte so wie geschehen erkannt worden ist. Es kann also keinem Zweifel unterliegen, daß **der Beschwerdegegenstand nur vom Standpunkte des Revisionsklägers aufzufassen ist.** (Vgl. Struckmann, Kommentar zu § 508 Nr. 3, Endemann, Kommentar a. a. O. Abs. 1.) — (B. O. L. 24. II. 82.) S. IX. (165.) 517. 518.

7. **Revisionssumme bei der (negativen) Feststellungsklage; es entscheidet das Interesse des Klägers.** Urtheil des Reichsgerichts vom 3. Febr. 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (246.) 375.

8. **Die Revisionssumme bei Anfechtungsklagen bemißt sich nach dem Betrag der Ansprüche, zu deren Gunsten die Aufhebung des angefochtenen Rechtsgeschäfts erfolgt ist.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 10. Februar 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (311.) 463.

9. Bei § 508 C. P. O. handelt es sich um den **„Werth des Beschwerdegegenstandes"**. Damit ist aber sowohl objektiv eine Beschränkung auf den Werth desjenigen, was in Folge der Zuerkennung oder Aberkennung gegen die Gesuche einer Partei überhaupt Gegenstand einer Beschwerde werden kann und wird, ausgesprochen, als auch dem Grundsatze Ausdruck gegeben, es sei **maßgebend, in welchem Maße gerade das Interesse derjenigen Partei, deren Revisionsergreifung in Frage steht, an der Abänderung des Urtheiles berührt ist.** Auf diesem Standpunkte der Auffassung der Beschwerdesumme stand bereits das gemeine Prozeßrecht, und es bietet die Entstehungsgeschichte des § 508 C. P. O. keinen Anhalt dafür, daß hiervon bei Festsetzung der Bestimmungen des § 508 C. P. O. abgewichen werden wollte. Es würde auch bei dem System, die Zulässigkeit der Ergreifung eines Rechtsmittels von einer gewissen Beschwerdesumme abhängig zu machen, unnatürlich erscheinen, demjenigen, der seinerseits an der Abänderung eines Urtheiles kein die Beschwerdesumme erreichendes Interesse hat, die Möglichkeit der Anfechtung des Urtheiles aus dem Grunde zu gewähren, weil der Gegner ein den Betrag der Beschwerdesumme erreichendes Interesse an der Aufrechthaltung des Urtheils hat. Es würden damit die Interessen des Gegners zur Ermöglichung einer Beeinträchtigung derselben ausgenützt, was der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. **Es kommt daher für die Frage, ob bezüglich der durch das Berufungsurtheil gegen den Antrag einer Partei erfolgten Aberkennung einer ausgesprochenen Dienstbarkeit die Revisionssumme vorhanden sei, nur das Interesse des Revisionsklägers, nicht aber auch das etwaige höhere gegentheilige Interesse des Revisionsbeklagten in Betracht.** (R. G. 29. XII. 85.) R. C. XVI. (81.) 343. 344.

10. Nach § 4 ist für die Werthsberechnung der Zeitpunkt der Erhebung der Klage entscheidend und ist es deßhalb für die Zulässigkeit des Rechtsmittels ohne Einfluß, wenn der Werth des Streitgegenstandes im Lauf des Prozesses sich erhöht oder vermindert hat. Zwar kommt es für die Revisionsinstanz in der Regel nur auf das Vorhandensein eines revisiblen Objekts zur Zeit der Einlegung des Rechtsmittels an und darf dabei der Umstand, daß das Streitobjekt im Lauf des Verfahrens Aenderungen erlitten hat, nicht gänzlich außer Acht gelassen werden. Dies gilt aber nur dann, wenn der Streitgegenstand selbst ein anderer geworden, sei es daß er durch Erweiterung der Anträge sich vergrößert hat, sei es daß er

Digitized by Google

durch Zurücknahme solcher eingeschränkt oder durch ein anderes Objekt ersetzt ist. **Aenderungen in dem Werth des Streitgegenstandes während des Prozesses, die lediglich von dem Zeitablauf oder von besonderen Konjunkturen abhängig sind, bleiben auch für die Berechnung der Revisionssumme außer Betracht** (vgl. Entsch. des R. G. Bd. 11 S. 387). Ueberhaupt bildet der Werth des Streitgegenstandes auch da, wo die Schätzung des Beschwerdegegenstandes auf dem Interesse des Revisionsklägers beruht, schlechterdings die Maximalgrenze. Der Werth des Streitgegenstandes aber ist ein einheitlicher für den ganzen Prozeß und wird durch nachfolgende Werthsveränderungen nicht berührt. Urtheil des Reichsgerichts vom 22. Juni 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 335 S. 476.

11. **Revisionssumme bei Revision gegen ein Theilurtheil: nach dem Beschwerdegegenstand zu bemessen.** R. G. 3. III. 85.) U. u. A. I. (282.) 460.

12. **Im Allgemeinen ist die Zulässigkeit der Revision gegen ein Theilurtheil dadurch bedingt, daß der Werth des Beschwerdegegenstandes die Revisionssumme erreicht und ist es unzulässig, den Werth eines etwa bereits früher in diesem Prozesse ergangenen Theilurtheiles, oder denjenigen des noch ausstehenden Endurtheiles für die Berechnung der Revisionssumme mit heranzuziehen, da für die Berechnung dieser Summe nicht der Werth des Streitgegenstandes, sondern der Werth des Beschwerdegegenstandes maßgebend ist** (§ 508 C. P. O.). Hieraus entspringt zwar der Uebelstand, daß durch die Erlassung eines Theilurtheiles für eine Partei das Rechtsmittel verloren gehen kann, welches ihr zugestanden haben würde, wenn über den gesammten Anspruch oder über die mehreren in Einer Klage erhobenen Ansprüche in einem und demselben Urtheile erkannt wäre. Allein dieser Uebelstand, welcher als solcher auch in der Reichstagskommission erkannt wurde (vgl. die Protokolle der Kommission S. 95—97. 616—618. 621. 706. 707.), ist die unvermeidliche Konsequenz einerseits des Grundsatzes, daß das Theilurtheil seiner rechtlichen Natur nach ein Endurtheil ist (§ 273 C. P. O.), andererseits der Bestimmung, daß die Zulässigkeit der Revision, von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen, durch einen bestimmten Werth des Beschwerdegegenstandes bedingt ist. Hieraus ergibt sich aber auch als weitere Folge, daß ein Theilurtheil, welches über einen die Revisionssumme nicht erreichenden Streitgegenstand entschieden hat, alsbald in Rechtskraft übergeht. Die Rechtskraft eines Urtheiles wird nur durch den Lauf der für die Einlegung eines zulässigen Rechtsmittels (oder des zulässigen Einspruches) bestimmten Frist gehemmt (§ 645 C. P. O.). Ist ein Rechtsmittel (bezw. ein Einspruch) gegen ein Urtheil nicht zulässig, so tritt die Rechtskraft des Urtheiles mit der Verkündigung desselben ein. (R. G. 3. III. 85.) R. C. XIII. (90.) 352—355.

13. **Die Zulässigkeit der Revisionsanschließung ist nicht bedingt durch das Vorhandensein der Revisionssumme auf Seite des adhärirenden Revisionsbeklagten.** Das Gesetz spricht sich zwar hierüber nicht besonders aus. Allein es ist dieses schon aus der accessorischen Natur der Adhäsion und dem bei der Anschließung an Rechtsmittel geltenden allgemeinen Grundsatz zu folgern, daß solche zulässig ist, unabhängig von dem Vorhanden-

Digitized by Google

sein der für die selbständige Einlegung eines Rechtsmittels geltenden formellen Voraussetzungen. (Dr. v. Sarwey, Kommentar S. 702 Ziff. 1 Abs. 2.) Aber auch aus dem § 482 Abs. 1 der Civilprozeßordnung muß solches gefolgert werden. Dieser Bestimmung liegt zweifellos der Satz zu Grunde, daß das Anschließungsrecht unabhängig sein soll von den formalen Voraussetzungen des gegnerischen Rechtsmittels. Zu den formalen Voraussetzungen der Revision gehört aber auch die Revisionssumme, weßhalb dieselbe nicht Bedingung des Anschließungsrechts sein kann. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 1. Juni 1886. S. XI. (172.) 441.

14. **Eventualbeschwerden, welche die Revisionssumme nicht erreichen.** Solche sind formell nicht zu beanstanden, wenn sich dieselben auf einen Theil der nämlichen Forderung beziehen, wegen welcher der primäre Revisionsangriff erfolgte, und das Revisionsgericht innerhalb des Rahmens der erhobenen Beschwerde von Amts wegen darüber befinden muß, ob das Berufungsgericht in der rechtlichen Beurtheilung der Sache gefehlt hat. Erkenntniß des Reichsgerichts vom 9. Juli 1880. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 269 S. 372.

15. **Bei freiwilliger Klaglosstellung des Klägers in der Berufungsinstanz fehlt es für die Revision in der Hauptsache an einem Beschwerdegegenstande.** Von Anwendung der Bestimmungen über die Werthsberechnung des Streitgegenstandes auf die Berechnung des Werths des Beschwerdegegenstandes kann selbstverständlich nicht die Rede sein, wenn ein Beschwerdegegenstand überhaupt nicht gegeben ist. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 29. November 1881. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 73 S. 106.

16. Nach § 508 C. P. O. kommen bei der Feststellung des Werthes des Beschwerdegegenstandes in der Revisionsinstanz die Vorschriften der §§ 3 bis 9 zur Anwendung. **Nach § 4 entscheidet zwar für die Werthsbestimmung der Zeitpunkt der Erhebung der Klage;** (abweichend Entsch. des R. G. vom 2. Juli 1885 in R. C. Bd. XV. Nr. 17 S. 75. Mit dieser Entscheidung stimmt auch noch überein die Entscheidung des R. G. Bd. V S. 387 ff., Bd. VII S. 385, Bd. IX S. 416; von diesen Entsch. weicht jedoch ab Bd. XI S. 388 ff.) **allein diese Bestimmung unterliegt einer doppelten Beschränkung. Sie ist unanwendbar, wenn sich im Laufe des Prozesses nicht sowohl der Werth des Streitgegenstandes als dieser selbst ändert, und für die Revisionsinstanz kommt es der Regel nach auf das Vorhandensein des Beschwerdeobjektes zur Zeit der Einlegung der Revision gegen das Berufungsurtheil an. Wird daher der Revisionskläger vor diesem Zeitpunkte in der Hauptsache freiwillig klaglos gestellt, so erledigt sich damit der Prozeß bis auf den Kostenpunkt, wegen dessen allein nach § 94 C. P. O. ein Rechtsmittel nicht verfolgt werden kann.** (R. G. 2. II. 86.) R. C. XV. (113.) 407.

17. Da die Statthaftigkeit der Revision von Amts wegen geprüft, mithin auch der Werth des Streitgegenstandes von Amts wegen festgesetzt werden muß (§§ 529, 497, 508 Abs. 1, § 3 der R. C. P. O.), so kann **das etwaige Einverständniß des Revisionsbeklagten mit den Werthangaben des Revisionsklägers für die Werthsbestimmung nicht maßgebend sein.** (R. G. 3. VI. 81.) A. IV. (26.) 80.

Digitized by Google

18. Aus dem zweiten Absatze des § 508 C. P. O. in Verbindung mit der den § 4 einleitenden Bestimmung und dem § 230 C. P. O. ist der Gesetzeswille ersichtlich, daß, wenn der Revisionskläger zur Zeit der Zustellung der Revisionsschrift durch eine Bestimmung des Berufungsurtheiles, deren Abänderung er in dem bei der mündlichen Verhandlung gestellten Revisionsantrag fordert, um einen mehr als ℳ. 1500 betragenden Werth beschwert war, **das Rechtsmittel der Revision zugelassen** ist, **ohne Rücksicht auf etwaige nach jener Zustellung gethätigte Theil-Anerkenntnisse, Theil-Verzichte oder Theil-Zahlungen des Revisionsbeklagten oder für ihn handelnder dritter Personen.** (R. G. 12. X. 81.) R. C. V. (107.) 387—388. A. IV. (127.) 431. 432.

19. **Festsetzung der Revisionssumme aus einem noch nicht der Ziffer nach geltend gemachten Schadensersatzanspruch.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 1. Juni 1886. S. XI. (171.) 439.

20. **Werth des Beschwerdegegenstandes bei Schadensersatzansprüchen, wenn das verletzte Recht selbst bestritten ist.** Es kann das Bewässerungsrecht, welches zum Grunde seiner Entschädigungsklage genommen ist, nur als Grund zur Entscheidung über den Entschädigungsanspruch zur richterlichen Prüfung gezogen werden und die Entscheidung der Gerichte über die Existenz oder Nichtexistenz des behaupteten Bewässerungsrechts als des Grunds der Klage bildet daher auch nur einen Entscheidungsgrund. Entscheidungsgründe aber erwachsen nicht in Rechtskraft, denn nach § 293 Abs. 1 der C. P. O. sind Urtheile nur insoweit der Rechtskraft fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Demgemäß und wenn eine sog. Inzidentfeststellungsklage bezüglich des Bewässerungsrechts nicht erhoben ist, bildet der Schadensersatzanspruch den Werth des Beschwerdegegenstandes. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 14. März 1884. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 263 S. 360.

21. **Werth des Beschwerdegegenstands bei dem Streit über die Modalitäten der Rückzahlung eines Darlehens.** Urtheil des obersten Landgerichts für Bayern vom 2. Oktober 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 185 S. 238.

22. **Berechnung der Revisionssumme nach dem höheren Werthe des Kaufobjektes anstatt nach dem Kaufpreise.** (R. G. 7. I. 81.) S. hierüber einen Fall R. C. III. (121.) 420.

23. **Berechnung der Revisionssumme bei einer gegen mehrere Personen aus der Ausbeutung eines Torfgrundes gerichteten Klage.** S. hierüber (B. O. L. 9. III. 82.) S. IX. (173.) 533 f.

24. **Bei Verurtheilung einer Partei zur gerichtlichen Hinterlegung eines bestimmten Geldbetrags gibt für die von demselben dagegen eingelegte Revision nur die Höhe jenes Betrages Maß.** Urtheil des obersten L. G. L. G. für Bayern vom 31. März 1886. S. XI. (147.) 374.

25. **Feststellung der Revisionssumme bei einem Streite über die Verbindlichkeit zu einer Rechnungslegung.** (B. O. L. 12. XI. 84.) S. X. (214.) 559.

26. **Die Revisionssumme bei Skripturen, die einen Vermögenswerth besitzen.** Dieser Werth ist nicht bloß nach dem Sachwerthe des Materials der streitigen Skripturen zu veranschlagen, sondern für den Werth ist auch

Digitized by Google

der Inhalt einer Skriptur maßgebend. (R. G. 11. X. 82.) A. VI. (91.) 402. R. C. X. (44.) 162.

27. **Bemessung der Revisionssumme bei einer Klage auf Urkunden-Herausgabe.** Die Urkunden haben an sich keinen Verkehrswerth, ihr relativer Werth kann nur in dem Interesse des Gläubigers an der durch sie bedingten Realisirung der Forderungen und dieses Interesse nur in dem Betrage dieser Forderungen bestehen. Ein den Betrag der Forderungen übersteigendes besonderes Interesse ist besonders darzulegen. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 27. Mai 1886. S. XI. (168.) 433.

28. **Wenn es sich bei einem Streite auf Herausgabe oder Hinterlegung von Urkunden nur noch um die Art der Einsichtnahme und weiteren Behandlung derselben fragt,** so kann das Revisionsgericht den Werth des Beschwerdegegenstandes nach freiem Ermessen festsetzen. (B. O. L. 28. II. 82.) S. IX. (20.) 61—63. (S. bei § 3 eodem.)

29. **Festsetzung der Revisionssumme gegenüber einer Klage auf Anerkennung eines Testaments.** (B. O. L. 3. XI. 81.) S. hierüber einen Fall S. IX. (99.) 320. 321.

30. **Berechnung der Revisionssumme, wenn gegen die Erben des Schenkgebers auf Anerkennung einer Schenkung geklagt und die Revision nicht von allen Beklagten eingelegt ist.** Hierüber Folgendes: Die Streitgenossen der früheren Instanzen sind nicht als solche auch Streitgenossen der Revisionsinstanz. Werden auch die übrigen Beklagten, welche von dem Rechtsmittel keinen Gebrauch machten, vom Kläger zum Verhandlungstermin geladen, so können sie nur als Nebenintervenienten des Klägers beitreten. Es steht auch kein Rechtsverhältniß zur Frage, welches allen Beklagten gegenüber nur einheitlich festgestellt werden dürfte, rücksichtlich dessen daher auf den einzelnen eine Vertretung in solidum zugestanden werden müßte. — Die Anerkennung wirkt nur gegen den Anerkennenden selbst, nicht auch gegen die übrigen Betheiligten. Hiernach liegt ein untheilbares Rechtsverhältniß nicht vor, und wie die Frage nur gegen einzelne Erben ohne Rückwirkung auf das Verhältniß der nicht beklagten Erben zum Gegner hätte erhoben und durchgeführt werden können, auch gegen einen einzelnen nicht erschienenen Beklagten ein Versäumnißurtheil hätte ergehen dürfen, so stehen auch in den Rechtsmittelinstanzen die Beklagten dem Kläger nur als einzelne für ihren Antheil, mithin ohne Befugniß zur Vertretung des ganzen streitigen Rechtsverhältnisses, gegenüber. Fehlt es sonach an der Revisionssumme, so ist das Rechtsmittel der Revision als prozessualisch unstatthaft zu verwerfen. (R. G. 31. I. 83.) R. C. X. (102.) 342—344.

31. **Berechnung der Beschwerdesumme bei einer zum Zwecke der Erwirkung eines Erbenzeugnisses erhobenen Präjudizialklage.** S. hierüber (R. G. 26. V. 83.) R. C. XII. (38.) 161—163.

32. **Wenn der Streit über eine Hypothekslöschung nur von dem Ausspruche über die Zahlungs-Art des Pflichtigen abhängt, so stellt sich lediglich die Differenz zwischen den beiderseits geltenden Zahlungsbeträgen als Streitgegenstand und damit auch als Revisionssumme dar.** (B. O. L. 2. X. 82.) S. IX. (232.) 682. 684.

33. **Die Revisionssumme bei Anfechtung von Pfändungen seitens des Konkursverwalters. Im Zweifel ist der Taxwerth, nicht der Erlös der**

Digitized by Google

Pfandversteigerung maßgebend. (R. G. 25. IX. 85.) U. u. A. III. (159.) 353.

34. **Bemessung der Revisionssumme bei Anfechtung einer Immobiliar-Zwangsversteigerung.** Dieselbe ist als vorhanden anzunehmen, wenn ein Grund zu der Annahme besteht, daß eine nochmalige Versteigerung des Anwesens nach erfolgter Aufhebung des Zuschlags einen um 1500 M. höheren Erlös als die angefochtene Versteigerung ergeben könne. (B. O. L. 3. IV. 82.) S. IX. (189.) 574.

35. **Für einen die Vollstreckung betreibenden Theil kommt als Werth des Beschwerdegegenstandes nur diejenige Summe in Betracht, zu deren exekutiver Deckung die mit Widerspruchsklage angefochtene Beschlagnahme erbeten und bewilligt worden ist** (vgl. hierher auch Wilmowsky und Levi, Kommentar zur Civilprozeßordnung, 3. Aufl. S. 26). — (B. O. L. 8. VI. 85.) S. XI. (58.) 147. 148.

36. **Der durch seinerzeitige Urtheilsvollstreckung einen Revisionskläger möglicher Weise treffende Schaden hat auf die Beurtheilung des Beschwerdegegenstandes nach § 508 der Reichs-Civilprozeßordnung keinen Einfluß.** Bei Beantwortung der Frage, was im Sinne des § 508 der Reichs-Civilprozeßordnung unter Beschwerdegegenstand zu verstehen ist, muß davon ausgegangen werden, was im einzelnen Falle als Streitgegenstand sich darstellt und wie hoch der vermögensrechtliche Anspruch ist, über welchen in dem oberlandesgerichtlichen Urtheile, das durch Revision angegriffen werden will, als Folge des Klagantrags mit der Wirkung des Eintritts der Rechtskraft entschieden worden ist; denn diesem Eintritte soll durch Einlegung des Rechtsmittels der Revision vorgebeugt werden. Der Werth des Beschwerdegegenstandes ist demnach lediglich der Werth, um welchen sich der Revisionskläger durch das in der Berufungsinstanz ergangene Urtheil verkürzt glaubt. Ist sonach der Beschwerdegegenstand auch von dem Streitgegenstand zu unterscheiden, so folgt aus Obigem doch nothwendig, daß der Beschwerdegegenstand wohl geringer, aber niemals größer sein kann, als der Streitgegenstand. (Vgl. Seuffert, Kommentar zur R. C. P. O., II. Aufl. zu § 508 S. 620 Ziff. 3, Wilmowsky, Kommentar, III. Aufl. zu § 508 S. 618 Ziff. 2.) — (B. O. L. 10. VII. 85.) S. XI. (73.) 184 f.

37. **Die Revisionssumme ist nicht als vorhanden anzunehmen, wenn der Beklagte in Folge der vorläufigen Vollstreckung des ersten Urtheiles an den Kläger mehr als 1500 M. bezahlt und der Kläger in Folge des abändernden Berufungsurtheiles dem Beklagten mehr als 1500 M. erstattet hat.** Nach der Bestimmung des § 655 Abs. 2 C. P. O. ist der Kläger, soweit ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil aufgehoben oder abgeändert wird, auf Antrag des Beklagten zur Erstattung des von diesem auf Grund des Urtheiles Gezahlten oder Geleisteten zu verurtheilen. Dieser Abs. 2 des § 655 ist von der Justizkommission dem Entwurfe aus praktischen Gründen beigefügt worden, um dem Beklagten die Verfolgung seiner Rechte zu erleichtern, nämlich um demselben eine besondere Klage zu ersparen (Kommissionsprot. S. 343. 344). Das Gesetz fordert nur einen Antrag des Beklagten, welchem das höhere Gericht zu entsprechen hat; es wird also nicht ein neuer Streitpunkt geschaffen, sondern nur eine prozessuale Folge des vorinstanzlichen, für vor-

Digitized by Google

läufig vollstreckbar erklärten Urtheiles wieder beseitigt, weil und soweit deren Voraussetzung durch Abweisung der Klagforderung weggefallen ist. In Wahrheit enthält daher der fragliche Ausspruch des Berufungsurtheiles lediglich die Rückgängigmachung einer prozessualen Maßregel und diese berührt nicht den Rechtsstreit selbst, kann deßhalb auch auf den Werth des Beschwerdegegenstandes einen ändernden Einfluß nicht haben. (R. G. 10. VII. 83.) R. C. IX. (117.) 411. 412. A. VIII. (92.) 353. 354.

38. **Abs. 2. Futterkosten für Thiere, welche widerklagweise, unter Vorschützung redhibitorischer Mängel, gegenüber dem eingeklagten Kaufpreis für das verkaufte Thier geltend gemacht werden, fallen unter keine Art der Nebenforderungen des § 4 der R. C. P. O., sind also bei Berechnung der Revisionssumme mitzurechnen.** (R. G. 7. V. 84.) S. hierüber bei § 4 ad A. X. (95.) 409—411. R. C. XIII. (106.) 396. 397.

39. **Revisions-Unzulässigkeit, wenn nach Einräumung und richterlicher Anerkennung unberechtigter Weideausübung des Beklagten nur noch der dadurch zugefügte Schaden den Gegenstand des Streites bildet.** (B. O. L. 13. III. 82 f. bei § 508 S. IX. (175.) 538.) Der Werth der Weide darf bei Berechnung der Revisionssumme nicht in Anschlag kommen. Das Gleiche gilt bezüglich des Schadens, zu dessen Ersatz Beklagter vorbehaltlich der Liquidation verurtheilt wurde. Der § 4 der R. C. P. O., welcher nach § 508 Abs. 2 daselbst in Betreff des Werths des Beschwerdegegenstandes in Anwendung zu kommen hat, schließt Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten aus, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden. Der Anspruch der Kläger auf Ersatz des ihnen durch die unberechtigte Weideausübung zugefügten Schadens hat aber in seinem Verhältnisse zu dem Anspruche derselben auf Abwehr des Eingriffes in ihr Eigenthum den Charakter einer Nebenforderung. (B. O. L. 13. III. 82.) S. IX. (175.) 538.

40. **Wenn das angefochtene Berufungsurtheil nach rechtskräftiger Zuerkennung der Hauptforderung nur noch den ursprünglich als Nebenforderung geltend gemachten Zinsanspruch zum Gegenstande hat,** ist die Revision zulässig. Bei solcher Lage der Sache hat der Zinsanspruch seinen accessorischen Charakter verloren, er ist vielmehr allein noch in lite und bildet mithin jetzt die Hauptsache des Rechtsstreites. Denn wenn nur noch über den Zinsanspruch zu entscheiden ist, fällt der Gegensatz zwischen Hauptsache und Nebenforderungen ganz weg und muß es als unerheblich erscheinen, daß die jetzige Hauptsache in einem früheren Stadium des Rechtsstreites nur eine Nebenforderung gebildet hat. Die §§ 3—9 C. P. O. können überhaupt — wie schon in der Entscheidung der vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts vom 29. September des Jahres (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 7 S. 383 ff.) näher ausgeführt ist — **ungeachtet des Umstandes, daß in § 508 Abs. 2 C. P. O. nicht ausdrücklich eine „entsprechende" Anwendung vorgeschrieben ist, für die Berechnung der Revisionssumme nur unter den Abweichungen, welche sich aus der Verschiedenheit der beiden Anwendungsfälle nothwendig ergeben, als anwendbar betrachtet werden,** wie denn z. B. auch nicht der im § 4 genannte Zeitpunkt der Erhebung der Klage, sondern ein anderer entsprechender Zeitpunkt für die Berechnung der Revisionssumme entscheidend sein muß. Ebenso ist auch der Grund und Zweck, aus welchen die Bestimmungen

Digitized by Google

in §§ 3—9 a. a. O. für die Berechnung des Werthes des Streitgegenstandes gegeben sind, für die Revisionssumme und die Annahme der Revisibilität nur zum Theil zutreffend. (R. G. 28. X. 82.) R. C. IX. (119.) 415. 416. — Anders verhält es sich in dem Falle, daß **Zinsen, Früchte ꝛc., die erst im Laufe des Rechtsstreites erwachsen,** in Frage stehen. S. hierüber bei § 4 ad R. C. XI. (100.) 388.

41. **Gegen ein Urtheil, welches, nach Erledigung der Hauptsache, nur noch über die Frage, ob Prozeßzinsen zuzusprechen seien, entscheidet, ist, falls auch diese Zinsen den Betrag von 1500 M. überschreiten, eine Revision nicht zulässig.** (R. G. 15. II. 84.) S. hierüber bei § 4 ad R. C. XI. (100.) 388. A. IX. (132.) 530. 531.

42. **Auch wenn Zinsen als Nebenforderung für sich allein die Revisionssumme erreichen, kann der Ausspruch hierüber mit Beschwerde nicht angegriffen werden.** Nach Abs. 2 des § 508 der R. C. P. O. kommen in Betreff des Werths des Beschwerdegegenstands die Vorschriften der §§ 3 bis 9 zur Anwendung, und wird namentlich in § 4 verfügt, daß die Zinsen unberücksichtigt bleiben, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden. Nach der Entstehungsgeschichte des § 508 Abs. 2 ist es zwar nicht zweifelhaft, daß die §§ 3—9 nur eine entsprechende Anwendung zu finden haben, selbstverständlich also nur insoweit, als sie, ohne den Charakter der Beschwerdesumme zu alteriren, auch wirklich angewendet werden können, und als die Analogie von Streitgegenstand und Beschwerdegegenstand zutrifft, es läßt sich jedoch nicht verkennen, daß bei einer gleichzeitigen Beschwerde über Hauptsache und Nebenforderung letztere zur Gewinnung der Revisionssumme nicht hinzugerechnet werden darf, da eine andere Annahme den klaren Worten und dem Willen des Gesetzes widersprechen würde, eine solche Hinzurechnung bleibt auch nach der übereinstimmenden Ansicht der Rechtslehre und Praxis ausgeschlossen. Diesen vom Gesetze gegebenen Standpunkt würde man aber geradezu verlassen, wenn man die Revision für zulässig erachten wollte, falls wegen der Nebenforderung allein dieses Rechtsmittel ergriffen würde; denn es verliert der als Nebenforderung geltend gemachte Zinsenanspruch dadurch nicht seine ursprüngliche Bedeutung und gewinnt nicht die Eigenschaft einer selbständigen Forderung. Entgegengesetzten Falles müßte man zu dem sich selbst widersprechenden Ergebnisse gelangen, daß die Revision als unzulässig sich darstellen würde, wenn der die Revisionssumme übersteigende Zinsenanspruch gleichzeitig mit der dieselbe nicht erreichenden Hauptsache zum Gegenstande der Beschwerde gemacht würde, dagegen als zulässig erscheinen müßte, wenn er für sich allein zur Entscheidung in die Revisionsinstanz gebracht würde. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 11. Mai 1886. S. XI. (166.) 431. 432.

43. Ueber den Fall, daß **Zinsen, Früchte ꝛc., die erst im Laufe des Rechtsstreites erwachsen,** in Frage stehen, s. § 4 ad R. C. XI. (100.) 388. 389.

44. **Berücksichtigung von Kosten bei Feststellung des Werthes des Beschwerdegegenstandes.** (§§ 4. 508 C. P. O.) — (R. G. 8. X. 84.) S. hierüber § 4 ad R. C. XII. (64.) 260.

45. **Wenn auf Grund einer Pfändung für eine rechtskräftig zuerkannte Forderung nebst Zinsen und Kosten ein Vorzugsrecht im Konkurse beau-**

Digitized by Google

spruch wird, so ist es für die **Berechnung der Revisionssumme** in Gemäßheit des § 4 unzulässig, die nicht als Theil der Hauptforderung geltend gemachten Zinsen und Kosten der Hauptforderung hinzuzurechnen, weil danach letztere bei Berechnung des Werthes des Streitgegenstandes unberücksichtigt bleiben sollen, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden, und nach § 6, wenn der Gegenstand des Streites ein im Wege des Absonderungsrechtes beanspruchtes Pfandrecht bildet, der Werth des Streitgegenstandes durch den Betrag der Forderung bestimmt wird. (R. G. 23. VI. 82.) R. C. VII. (98.) 327. 328.

46. **Bei Berechnung der Revisionssumme (§ 508 vgl. mit § 4 C. P. O.) sind die Protestkosten und die Forderung von Provision und Porto nicht zu berücksichtigen.** Zufolge des für Berechnung des Werthes des Beschwerdegegenstandes in Anwendung kommenden § 4 C. P. O. bleiben Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden. Die Provision, die Protestkosten und Porti werden geradeso wie die Zinsen nicht als selbständige Ansprüche, sondern nur neben der Wechselsumme eingeklagt, sodaß die letztere Voraussetzung des § 4 gegeben ist. Die Provision muß aber zu den Schäden gerechnet werden, denn diese begreifen jeden Vermögensnachtheil in sich, welchen der Kläger, sei es als positiven Schaden, sei es als entgangenen Gewinn, dadurch erlitten zu haben behauptet, daß seinem Hauptanspruche nicht Genüge geleistet worden ist; hierzu gehört also auch der Schaden durch Zeitversäumniß und die Mühewaltung, welche durch den erfolglosen Versuch der Beibringung der Wechselsumme verursacht worden sind. Die Provision stellt aber den vom Gesetze fixirten Betrag fest, welcher für diese Zeitversäumniß und eigene Mühe gefordert werden darf. Die Auslagen für Protesterhebung und Porto fallen unter den Begriff der Kosten und haben mit den Prozeßkosten das gemein, daß sie wie diese durch die Zahlungsverweigerung des Schuldners entstanden sind, und dieser sie demnach zu erstatten hat, weil und sofern er mit Unrecht die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit verweigert hat. Dafür, die Bestimmung auf die Kosten eines früheren Prozesses zu beschränken, fehlt es an jedem inneren Grunde; dagegen spricht die allgemeine Fassung des Gesetzes und dessen Absicht, für die Werthsermittelung einfache und klare Regeln festzusetzen, welche die Ausschließung der Kosten beider Arten gleichmäßig rechtfertigt. (R. G. 23. XII. 79.) R. C. I. (83.) 228. 229. S. A. Bd. 35 Nr. 258 S. 377. A. I. (28.) 179. (R. C. IX. (117.) 411.)

47. **Für Feststellung der Revisionssumme darf der Betrag einer erst später fälligen unverzinslichen Forderung nicht durch Berechnung des Interusurium verringert werden.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 29. April 1886. S. XI. (161.) 416.

48. **Die in den Vorinstanzen beschlossene Verbindung mehrerer Prozesse (C. P. O. § 138) hat die Wirkung, daß zwecks der Berechnung der Revisionssumme die Ansprüche zusammengerechnet werden.** Wenn mehrere Kläger ihre Ansprüche in derselben Klage geltend machen, so sind, da die Voraussetzungen für eine Streitgenossenschaft im Sinne von § 57 C. P. O. (Ansprüche, die auf einem im wesentlichen gleichartigen thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhen) gegeben sind, diese Ansprüche nach §§ 5.

Digitized by Google

508 Abs. 2 C. P. O. zur Bestimmung der Revisionssumme unzweifelhaft zusammenzurechnen. Bedenken können nur entstehen, wenn die Verbindung der getrennt anhängig gemachten Prozesse erst durch Gerichtsbeschluß nach § 138 C. P. O. angeordnet worden ist. Zweifellos ist, daß eine solche Verbindung nicht zurückwirkt, also hinsichtlich der Zuständigkeit, welche sich nur nach dem Zeitpunkte der Erhebung der Klage beurtheilt (C. P. O. § 3), ohne allen Einfluß ist; eine andere Frage jedoch ist es, ob nicht vom Zeitpunkte der Verbindung an die verbundenen Sachen gerade so zu behandeln sind, als wären sie ursprünglich in der Klage verbunden gewesen. Diese von den Kommentatoren verschieden beantwortete Frage ist im Sinne des Gesetzes zu bejahen. In den Motiven zu den die Fälle der Streitgenossenschaft bestimmenden Paragraphen des Entwurfs (§§ 56. 57 C. P. O.) ist gesagt: „Bewogen durch Zweckmäßigkeitsgründe ist der Entwurf nicht dabei stehen geblieben, diese Verbindung ausschließlich von dem Willen des Klagberechtigten abhängig zu machen; er hat vielmehr dem Gerichte die Befugniß ertheilt, mehrere Prozesse zu verbinden." Dementsprechend ist in den Motiven zu § 132 des Entwurfes (jetzt § 138) von der Befugniß des Richters, eine objektive und subjektive Klagenkumulation von Amts wegen anzuordnen, die Rede. Hieraus geht klar hervor, daß nicht bloß beabsichtigt war, die getrennten Prozesse nur äußerlich zu verbinden, sondern daß man die Begründung einer wirklichen Streitgenossenschaft (allerdings mit der bezeichneten beschränkten Wirkung) und die Wirkungen einer Klagenkumulation im Auge hatte. Hiermit steht im Einklange, daß § 138 die Verbindung nur zuläßt, wenn die betreffenden Ansprüche in rechtlichem Zusammenhange stehen oder in einer Klage hätten geltend gemacht werden können. Diese Auffassung des § 138 a. a. O. entspricht auch dem vermuthbaren Zwecke des Gesetzes. Es ist nicht ersichtlich, warum die Verbindung, welche der Richter aus sachlichen Gründen anordnet, nicht die gleiche Wirkung haben solle, wie die Verbindung, welche der Kläger nach seinem Belieben vornimmt. Im Grunde ordnet ja der Richter (wenigstens der Regel nach) nur an, was der Kläger sachgemäß hätte thun sollen. Ferner ist zu beachten, daß das Prinzip, nach welchem die Prozesse, trotz der Verbindung, dem Wesen nach als getrennte Prozesse zu gelten hätten, dazu führen müßte, daß nicht bloß in Fällen, wie der vorliegende, wo allerdings der Zusammenhang ein mehr äußerlicher ist, sondern in allen Fällen, also z. B. auch wenn Miterben oder sonstige Mitberechtigte oder Mitverpflichtete in Frage stehen, oder wenn es sich um gleichartige Ansprüche unter denselben Parteien handelt, eine innerliche Trennung fortbestehen würde, also ein Zusammenrechnen der Ansprüche, sei es zur Festsetzung der Gerichtskosten, sei es zur Bestimmung der Revisionssumme, nicht statthaft wäre. Offenbar treffen auch hier die Gründe, welche das Gesetz bestimmten, die einzelnen Entscheidungen desselben Urtheiles nicht zu trennen, sondern als Ganzes aufzufassen, vollkommen zu, und wäre es ein fühlbarer Mißstand, wenn etwa die Entscheidung desselben Urtheiles (und ein solches hat § 138 a. a. O. im Auge, wenn er von einer gleichzeitigen Entscheidung spricht) dem einen Miterben oder Mitpflichtigen gegenüber anfechtbar wäre, dem anderen gegenüber nicht. (R. G. 5. VII. 81.) R. C. V. (95.) 354—357. (R. C. VI. (130.) 416.)

Digitized by Google

49. **Im Falle einer nach § 138 C. P. O. gerichtsseitig angeordneten Verbindung mehrerer bei demselben Gerichte anhängigen Prozesse zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung ist der nach § 508 C. P. O. für die Revision erforderliche Werth des Beschwerdegegenstandes vorhanden, wenn er sich auch nur aus einer Zusammenrechnung der bei den Beschwerden in Frage kommenden Ansprüche ergibt.** Bei einer Gleichartigkeit des thatsächlichen und rechtlichen Grundes der von den Klägern erhobenen Ansprüche sind die Kläger nach den §§ 56. 57 C. P. O. berechtigt, dieselben in einer gemeinschaftlichen Klage als Streitgenossen geltend zu machen, und in diesem Falle würde nach § 508 Abs. 2, verbunden mit § 5 C. P. O., die Zusammenrechnung der beiderseitigen Ansprüche bei einer von beiden Klägern eingelegten Revision keinem Zweifel unterliegen, wie denn auch schon für das frühere gemeine Prozeßrecht (wenigstens die Praxis) sich überwiegend hierfür ausgesprochen hatte. (Vgl. Wetzell, System 2. Aufl. § 64 bei Note 61 ff.) Nur unter der Voraussetzung des Vorliegens der Erfordernisse der Streitgenossenschaft darf aber auch das Gericht die Verbindung mehrerer Prozesse zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung nach § 138 C. P. O. anordnen, und es ist schon von vornherein anzunehmen, daß eine solche durch das Gericht angeordnete Verbindung, obwohl dieselbe selbstverständlich keine rückwirkende Kraft äußern und daher für die Zuständigkeit des Gerichtes nicht von Einfluß sein kann, doch für die Zukunft gerade so wirken solle, wie eine schon durch die Klage vorgenommene Verbindung der Ansprüche. Auch ergeben die Motive zu den §§ 56, 57 C. P. O., sowie zu dem § 132 des Entwurfes, welcher dem jetzigen § 138 entspricht, daß man durch diese letztere Bestimmung nicht bloß eine äußerliche Verbindung, sondern eine wirkliche Streitgenossenschaft und die Wirkungen der Klagenkumulation bezweckte. Es ist denn auch in der That kein Grund ersichtlich, weßhalb der Anordnung des Gerichtes nicht dieselbe Wirkung beigelegt werden solle, wie dem Belieben des Klägers oder der verschiedenen Kläger, da das Gericht nur dasjenige thut, was zweckmäßiger Weise dieser oder diese von vornherein hätten thun sollen. Das Bedenken, daß es nicht in das Belieben der Instanzrichter gestellt werden könne, eine an sich nicht revisibele Sache zu einer revisibelen zu machen, ist unzutreffend. Denn die Aufstellung einer Beschwerdesumme als Voraussetzung eines Rechtsmittels hat überhaupt etwas Willkürliches und macht es von allerlei Zufälligkeiten abhängig, ob im einzelnen Falle das Rechtsmittel zulässig ist oder nicht. Auch geht aus den Berathungen, welche zur Einführung der Revisionssumme geführt haben, klar hervor, daß man sich dessen bewußt war, und insbesondere nicht verkannte, wie andererseits durch die Bestimmungen über das Theilurtheil (§§ 272—274 C. P. O.) und durch die den Gerichten ertheilte Befugniß, die Verhandlung über mehrere in einer Klage erhobenen Ansprüche in getrennten Prozessen anzuordnen (§ 136 C. P. O.), die Revisibilität durch die Gerichte der Vorinstanzen aufgehoben oder beschränkt werden könne. Kann aber durch die vom Gerichte nach § 136 C. P. O. angeordnete Trennung der Verhandlung den Parteien das Rechtsmittel der Revision entzogen werden, so erscheint es nur konsequent, der nach dem, ein Korrelat des § 136 bildenden § 138 C. P. O. ver-

Digitized by Google

fügten Verbindung umgekehrt die Wirkung beizulegen, die ohne diese Verbindung fehlende Revisibilität zu begründen. Die Ansichten der Kommentatoren der Civilprozeßordnung über diese Frage sind zwar verschieden, doch wird die obige Auslegung von mehreren derselben (vgl. Puchelt, Anm. zu §§ 136 bis 138; Kleiner, Anm. zu § 138 und Bülow, 3. Aufl. zu § 508) getheilt. Auch Struckmann und Koch scheinen nach ihrer Bemerkung zu § 138 (3. Aufl.), daß die verschiedenen Kläger in diesem Falle Streitgenossen werden, gleicher Ansicht zu sein. (R. G. 11. II. 82.) R. C. VI. (130.) 416—418. A. V. (91.) 371—373.

50. **Die Zusammenrechnung der einzelnen Forderungen des Beklagten zum Zwecke der Feststellung der Revisionssumme** muß dann als statthaft erachtet werden, wenn der Kläger auf Grund des § 56 bezw. 57 der Reichs-Civilprozeßordnung den Beklagten auch in einer Klage belangen kann. In diesem Falle kommt rücksichtlich des Werthes des Beschwerdegegenstandes die Vorschrift des § 5 der Reichs-Civilprozeßordnung laut § 508 Abs. 2 daselbst in Anwendung, wonach mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche zusammengerechnet werden. Ferner muß auch einer nach § 138 a. a. O. richterlich angeordneten Verbindung mehrerer Klagen seit dem Zeitpunkte dieser Anordnung die nämliche Wirkung beigelegt werden, wie wenn diese Verbindung schon durch die Klage vorgenommen worden wäre, da mit der dem Gerichte durch § 138 eingeräumten Befugniß nicht bloß eine formelle Verbindung, sondern eine wirkliche Streitgenossenschaft und die Wirkung der Klagenhäufung beabsichtigt wird. (Motive zu §§ 56 und 57 der Reichs-Civilprozeßordnung, Motive zu § 132 des Entwurfs der Reichs-Civilprozeßordnung.) — (B. O. L. 21. XI. 83.) S. X. (87.) 229.

51. **Revisionssumme durch Zusammenrechnen der Ansprüche mehrerer Revisionskläger.** Eine derartige Feststellung der Revisionssumme ist zweifellos zulässig, nachdem in § 5 der Civilprozeßordnung ganz allgemein ausgesprochen ist, daß mehrere in Einer Klage geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet werden. Die Motive zu dieser Gesetzesstelle sprechen sich ferner dahin aus, daß die hier niedergelegte Bestimmung selbstverständlich auch dann Anwendung finde, wenn die mehreren, in der Klage verbundenen Ansprüche auf verschiedenen Gründen beruhen oder von mehreren Klägern oder gegen mehrere Beklagte erhoben sind. (Seuffert, Kommentar zur Civilprozeßordnung 3. Aufl. § 5 S. 6.) Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 1. März 1886. S. XI. (133.) 351.

52. **Die Revisionssumme mehrerer Streitgenossen berechnet sich nach deren gemeinsamen Prozeßinteresse.** (§§ 58. 59 der C. P. O.) (R. G. 14. I. 1885.) U. u. A. I. (174.) 302.

53. Der **Betrag einer Einrede** ist nicht zu berücksichtigen, wenn nur eine Einrede gegen den Klaganspruch, nicht aber (mittelst Widerklage) ein Anspruch an den Kläger erhoben wird. (R. G. 9. II. 81.) R. C. IV. (96.) 356.

54. Nach einem Erkenntnisse der vereinigten Civilsenate ist, wenn die Beschwerde des Revisionsklägers sowohl die Klage als die Widerklage betrifft, **der Gegenstand der die Klage und die Widerklage betreffenden Revisionsbeschwerden in Ansehung der Revisionssumme zusammenzurechnen.**

Digitized by Google

Es steht der nach dem ersten Absatze des § 508 gerechtfertigten Zusammenrechnung des Gegenstandes der auf die Klage und die Widerklage bezüglichen Beschwerden des Revisionsklägers die im zweiten Absatze des § 508 enthaltene Verweisung auf die §§ 3—9 nicht entgegen. Die Civilprozeßordnung gestattet demnach diese Zusammenrechnung bei Berechnung der Revisionssumme ebenso, wie dieselbe nach dem bis zur Civilprozeßordnung geltenden Rechte sowohl im Gebiete der preußischen allgemeinen Gerichtsordnung bei Berechnung der Revisionssumme nach dem hierfür maßgebenden Interesse des Revidenten, als auch im Gebiete des gemeinen deutschen Prozeßrechtes bei Berechnung der Appellationssumme nach der **summa gravaminis** zufolge der Rechtsprechung der meisten höchsten Gerichtshöfe stattfand. (Entscheidung der vereinigten Civilsenate vom **R. G. 29. IX. 82.) R. C. VII. (117.) 383—389.** A. VI. (87.) 386—391. (S. hierüber auch bei § 5 ad **R. C. VII. (117.) 387. 388.** A. VI. (87.) 389—391.) S. noch einen weiteren Fall R. C. VII. (93.) 313 ff.

55. **Die Revision in Bezug auf den Klagegegenstand ist zulässig, wenn die diesen Klagegegenstand betreffende Revisionsbeschwerde nur einen Werth von 1500 M. oder weniger, die Beschwerde derselben Revision in der Widerklage einen Werth von mehr als 1500 M. betrifft,** denn wollte man die Absätze 1 und 2 des § 508 auch wirklich dahin auslegen, daß bei Anwendung der Vorschrift des § 5 auf die Bestimmung des Werthes des Beschwerdegegenstandes unter der Voraussetzung des § 508 in den besonderen Fällen, in denen von derselben Partei sowohl gegen eine Klageansprüche betreffende praktische Festsetzung eines Berufungsurtheiles, als auch gegen eine Widerklageforderungen betreffende praktische Festsetzung desselben Urtheiles, das Rechtsmittel der Revision eingelegt sei, überhaupt ein gegensätzliches Verhältniß des betreffenden Werthes der hinsichts der Klageforderung, zu dem Werthe der hinsichts des Widerklaganspruchs entschiedenen Punkte anzunehmen sei, so würde doch die Konsequenz nur dahin gehen, daß, wenn der Werth der, sei es bezüglich der Klageforderung für sich, sei es bezüglich des Widerklageanspruches für sich, in dem Berufungsurtheile entschiedenen und mit der Revision angegriffenen Punkte mehr als 1500 M. betrage, die Revision in Bezug auf die angegriffenen Theile des Berufungsurtheiles überhaupt zulässig sei, niemals aber dahin, daß die Revision, falls der Werth des die Klage betreffenden angegriffenen Entscheidungspunktes mehr als 1500 M. und der Werth des die Widerklage betreffenden angegriffenen Entscheidungspunktes nur 1500 M. oder weniger betrage, die Revision bezüglich ersteren Entscheidungspunktes zulässig, bezüglich letzteren Entscheidungspunktes unzulässig sei. (R. G. 20. V. 82.) R. C. VII. (93.) 314. 315. A. VI. (18.) 123. 124.

56. **Keine Zusammenrechnung der Streitsumme der Klage und Widerklage, wenn beide denselben Gegenstand betreffen.** Der in dem Urtheil der vereinigten Civilsenate vom 29. September 1882 (Annalen Bd. VI S. 386 und ebenda S. 122; Entsch. Bd. VII S. 383) zum Ausdruck gelangte Satz, daß, wenn die Beschwerde des Revisionsklägers sowohl die Klage als die Widerklage betrifft, der Gegenstand der die Klage und die Widerklage betreffenden Revisionsbeschwerden in Ansehung der Revisions-

Digitized by Google

summe zusammenzurechnen sei, findet, wie auch in den Gründen dieses Urtheiles hervorgehoben ist (vgl. Annalen S. 386; Entsch. S. 384 verbis: „Nur dann, wenn der Werth der auf die Klage bezüglichen Beschwerde mit dem Werthe der auf die Widerklage bezüglichen Beschwerde zusammenfällt, weil beide denselben Streitgegenstand betreffen, ist die Zusammenrechnung desselben der Natur der Sache nach ausgeschlossen"), keine Anwendung, soweit Klage und Widerklage denselben Streitgegenstand betreffen. (R. G. I. V. 85.) U. u. A. II. (130.) 271. 272.

57. **Revisionssumme bei der Klage auf Herausgabe eines zum Faustpfand ohne Verpfändung der betreffenden Forderung übergebenen Hypothekenbriefs.** Nach §§ 508 und 6 der C. P. O. wird der Werth des Beschwerdegegenstandes durch den Werth des Hypothekenbriefs bestimmt, dessen gegen die Pfandforderung geringerer Werth auch entscheiden würde, wenn das Pfandrecht selbst als Streitgegenstand anzusehen wäre. Nun ist aber dem Hypothekenbrief, als der bloßen die Eintragung der Forderung beweisenden Schuldurkunde, ein Verkehrswerth überhaupt nicht, und am wenigsten derjenige der eingetragenen Forderung beizulegen; er kann an und für sich nicht verwerthet werden, sein relativer Werth aber besteht nur in dem Interesse des Eigenthümers der Forderung an der durch ihn bedingten Vollegitimation zur Realisirung der Forderung und zur unbehinderten Verfügung über dieselbe. Urtheil des Reichsgerichts vom 26. November 1881. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 63 S. 96. 97.

58. **Als Beschwerdegegenstand ist, falls nur ein geltend gemachtes Retentionsrecht unter den Parteien streitig ist, die retinirte Leistung, nicht aber die an Werth geringere Leistung, wegen welcher das Retentionsrecht ausgeübt werden soll, anzusehen.** (R. G. 7. IV. 83.) R. C. XII. (36.) 154 ff.

59. **Dienstbarkeiten gelten für die Werthsberechnung im Sinne der Civilprozeßordnung nicht als unschätzbar.** (R. G. 7. VI. 82.) S. hierüber bei § 7 ad R. C. X. (95.) 322.

60. **Maßgebend für die Frage nach der Revisionssumme ist nur, welchen Werth eine Dienstbarkeit für den Revisionskläger hat, wogegen das Interesse des Revisionsbeklagten an dem Nichtbestehen der Dienstbarkeit nicht in Betracht kommt.** Wenn nämlich § 508 der C. P. O. bestimmt: „In Betreff des Werths des Beschwerdegegenstandes kommen die Vorschriften der §§ 3—9 zur Anwendung" und sonach in dieser Hinsicht auch § 7 für anwendbar erklärt, so ist damit nicht eine durchaus unmittelbare Anwendung gemeint, sondern nur eine solche Anwendung, welche sich als eine nach dem ganzen Verhältniß der Regeln des § 508 zu jenen der §§ 3—9 entsprechende darstellt. In dieser Beziehung ist nun entscheidend, daß es sich bei § 508 um den „Werth des Beschwerdegegenstandes" handelt. Damit ist aber sowohl objektiv eine Beschränkung auf den Werth desjenigen, was in Folge der Zuerkennung oder Aberkennung gegen die Gesuche einer Partei überhaupt Gegenstand einer Beschwerde werden kann und wird, ausgesprochen, als auch dem Grundsatz Ausdruck gegeben, es sei maßgebend, in welchem Maß gerade das Interesse derjenigen Partei, deren Revisions-Ergreifung in Frage steht, an der Abänderung des Urtheils berührt ist. Auf diesem Standpunkt der

Digitized by Google

Auffassung der Beschwerdesumme stand bereits das gemeine Prozeßrecht, und es bietet die Entstehungsgeschichte des § 508 der C. P. O. keinen Anhalt dafür, daß hiervon bei Festsetzung der Bestimmungen des § 508 abgewichen werden wollte. Es würde auch bei dem System, die Zulässigkeit der Ergreifung eines Rechtsmittels von einer gewissen Beschwerdesumme abhängig zu machen, unnatürlich erscheinen, demjenigen, der seinerseits an der Abänderung eines Urtheils kein die Beschwerdesumme erreichendes Interesse hat, die Möglichkeit der Anfechtung des Urtheils aus dem Grunde zu gewähren, weil der Gegner ein den Betrag der Beschwerdesumme erreichendes Interesse an der Aufrechthaltung des Urtheils hat. Es würden damit die Interessen des Gegners zur Ermöglichung einer Beeinträchtigung desselben ausgenutzt, was der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. — Urtheil des Reichsgerichts vom 29. Dezember 1885. Bl. f. R. A. 1886 bes. Beil. 2 S. 72 ff. S. A. XLI. bezw. XI. (310.) 462.

61. **Berechnung der Revisionssumme gegenüber einer Klage auf Bezahlung von Jahresprämien aus einer Versicherungssumme.** (B. O. L. 15. I. 83.) S. X. (1.) 1. 2.

62. **Bemessung der Revisionssumme für die Forderung von Austragsreichnissen bei Klagestellung auf deren Leistung in Natur statt in Geld.** (B. O. L. 11. II. 85.) S. XI. (15.) 41 f.

63. Nach **§ 136 der Konkursordnung** ist der Werth des Streitgegenstandes eines Prozesses über die Richtigkeit einer zum Konkurse angemeldeten Forderung mit Rücksicht auf das Verhältniß der Theilungs- zur Schuldenmasse nach freiem Ermessen des Prozeßgerichtes festzusetzen. Offenbar **findet auch** diese Vorschrift **analoge Anwendung auf die Bestimmung des Werthes des Beschwerdegegenstandes**, wenn auf dieselbe auch nicht, wie auf die §§ 3—9 C. P. O., in § 508 Abs. 2 C. P. O. in dieser Beziehung ausdrücklich hingewiesen worden ist. (R. G. 26. V. 83.) R. C. X. (19.) 68.

64. **Abs. 3. Bedeutung der Glaubhaftmachung des Werthes des Beschwerdegegenstandes im Sinne des § 508 Abs. 3 C. P. O.** (R. G. 7. VI. 82.) S. hierüber bei § 7 ad R. C. X. (95.) 323.

65. **Darüber, ob das Vorhandensein der Revisionssumme glaubhaft gemacht ist, hat das Revisionsgericht, ungebunden durch die Parteierklärungen, nach freiem Ermessen zu entscheiden.** Ob und inwieweit einer übereinstimmenden Erklärung der Parteien Bedeutung beizumessen sei, ist nach den Umständen des Falles zu beurtheilen. (R. G. 28. III. 82.) A. V. (118.) 462. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 359 S. 474.

66. Der § 508 der R. C. P. O. verordnet bezüglich der Bestimmung des Werths des Beschwerdegegenstandes die Anwendung der §§ 3 bis 9 ebenda, wonach dieser Werth von dem Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt wird und dasselbe eine beantragte Beweisaufnahme, sowie von Amts wegen die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen kann. Der § 508 schreibt aber auch im dritten Absatz vor, daß der Revisionskläger den Werth des Beschwerdegegenstandes glaubhaft zu machen hat, und der Eid als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen ist. Der § 266 ebenda

Digitized by Google

handelt über die Beweismittel, deren sich derjenige bedienen darf, welcher eine thatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, und fügt hinzu, daß eine Beweisaufnahme, welche nicht sofort erfolgen kann, unzulässig ist. In dieser Nothwendigkeit der Glaubhaftmachung liegt eine Einschränkung und Aenderung des § 3 insofern, **als der Revisionsrichter in dem Verhandlungstermin selbst in die Lage versetzt sein muß, entweder nach seinem freien Ermessen oder auf Grund der vom Revisionskläger im Termin beschafften Beweismittel das Vorhandensein der revisiblen Summe festzustellen, und es ist die Anordnung einer zu diesem Behufe außerhalb des Termines noch vorzunehmenden Beweisaufnahme ausgeschlossen.** Der § 508 verdankt seine Entstehung den Anträgen von Mitgliedern der Reichstagskommission, und bei der Berathung ist ausdrücklich und wiederholt ausgesprochen worden, daß der Abs. 3 dazu dienen soll, langwierige Beweisaufnahmen über die Revisionssumme zu verhüten (Hahn, Mater. zur R. C. P. O. S. 724, 726). (R. G. 6. VII. 82.) A. VI. (57.) 238. 239.

67. **Eine Beweisaufnahme, welche nicht sofort erfolgen kann, kann nach § 266 nicht zur Glaubhaftmachung benutzt werden.** (R. G. 7. VI. 82.) R. C. X. (95.) 322.

68. **Das erst in der Revisionsinstanz behauptete Vorhandensein der Revisionssumme ist sofort zu bescheinigen.** (R. G. 8. XI. 81.) A. IV. (149.) 519—521.

69. **Zum Vorhandensein der Revisionssumme genügt im Zweifel die Schätzung eines glaubhaften Sachverständigen, auch ohne nähere Detailirung der berechneten Ansätze,** da dieselbe für eine solche Glaubhaftmachung (§ 266 der R. C. P. O.) in der Regel nicht zu verlangen ist. (R. G. 5. VII. 81.) A. IV. (70.) 253.

70. **Der Umstand, daß die Gerichtsschreibereien der Vorinstanzen bei Festsetzung der Werthklasse der übereinstimmenden Angabe der Parteien gefolgt sind, kann für die Glaubhaftmachung des Werths nichts beitragen.** (R. G. 28. III. 82.) A. V. (118.) 462.

71. Wenn der Streitgegenstand ein vermögensrechtlicher ist, so muß der Revisionskläger gemäß § 508 Abs. 3 der R. C. P. O. glaubhaft machen, daß der Werth desselben den Betrag von 1500 ℳ übersteigt. **Der § 10 des Gerichtskostengesetzes ist nur auf nichtvermögensrechtliche Streitgegenstände anwendbar.** (R. G. 28. III. 82.) A. V. (118.) 462.

§ 509.

§ 509.

Ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes findet die Revision statt:

1. insoweit es sich um die Unzuständigkeit des Gerichts oder die Unzulässigkeit des Rechtswegs oder die Unzulässigkeit der Berufung handelt;

§ 247 Nr. 1, 2.

2. in den Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, für welche die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind.

G. V. G. § 70 Nr. 2, 3.

1. **Durch § 509 Nr. 1 ist nicht bewirkt, daß gegen alle in der Berufungsinstanz ergangenen Endurtheile der Oberlandesgerichte die Revision stattfinde.** Es gibt Fälle, wo schon formell eine Revision, bei der es sich um Unzuständigkeit des Gerichtes oder Unzulässigkeit des Rechtsweges

Digitized by Google

oder Unzulässigkeit der Berufung handeln könnte, völlig ausgeschlossen ist, z. B. wenn ein Kläger vom Landgerichte mit seiner Klage abgewiesen, und die dagegen von ihm erhobene Berufung verworfen wäre, ohne daß dabei einer jener drei Gründe in Frage gekommen wäre. **Die Rechtskraft bleibt vielmehr wegen der Bestimmung des § 509 Nr. 1 nur dann suspendirt, wenn nach Lage des einzelnen Falles einer jener drei Punkte formell überhaupt als Revisionsgrund denkbar ist,** was allerdings in sehr vielen Fällen zutreffen wird. (R. G. 25. I. 82.) R. C. VI. (117.) 381. (R. C. VIII. (102.) 356 ff.)

2. **Liegt der Fall des § 509 Nr. 1 nicht vor, so ist das Vorhandensein der Revisionssumme Voraussetzung für die Zulässigkeit der Revision.** (R. G. 26. XI. 80.) R. C. III. (122.) 423. A. III. (30.) 104.

3. **Ziff. 1.** Nach § 509 Ziff. 1 C. P. O. findet die Revision ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes statt, insoweit es sich um die Unzulässigkeit des Rechtsweges handelt. Diese **Ausnahme von der Regel des § 508 C. P. O. tritt** nach richtiger Auslegung jener Vorschrift **nicht bloß dann ein, wenn das Oberlandesgericht den Rechtsweg ausgeschlossen, sondern auch dann, wenn es denselben zugelassen hat und ohne Unterschied, ob das Berufungsgericht das Erkenntniß erster Instanz bestätigte oder abänderte** (vgl. Protokolle der Justizkommission S. 250). (R. G. 26. XI. 80.) R. C. III. (122.) 423. A. III. (30.) 103—105.

4. **Auch die gänzliche Abweisung einer Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges, statt ihrer Abweisung wegen derzeitiger Ausschließung vom Rechtswege, fällt unter § 509, 1 der R. C. P. O.** (R. G. 31. I. 84.) A. IX. (102.) 435.

5. **Die Unzulässigkeit des Rechtsweges im Falle des § 509 Nr. 1 C. P. O. umfaßt nicht auch den Fall vertragsmäßiger Ausschließung gerichtlicher Entscheidung durch Unterwerfung unter Schiedsspruch.** Die Vorschrift des § 509 Nr. 1 C. P. O. ist ebenso, wie die Vorschrift des § 247 Nr. 2 derselben, (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 8 S. 347. 397, Bd. 10 S. 367), nur von denjenigen Fällen zu verstehen, für welche der Rechtsweg durch gesetzliche Vorschriften im öffentlichen Interesse ausgeschlossen ist. Bei diesen Fällen, nicht aber bei dem Falle vertragsmäßiger Ausschließung der gerichtlichen Entscheidung und Unterwerfung unter einen schiedsrichterlichen oder sonstigen Ausspruch, treffen die Gründe zu, aus welchen die Revision ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes mit Rücksicht auf das dadurch berührte öffentliche Interesse durch § 509 a. a. O. zugelassen worden ist (vgl. Bd. XVI Nr. 77 S. 336). Vgl. die Motive zum § 50 des Entwurfes des G. V. G.'s und zum § 485 Abs. 2 des Entwurfes der C. P. O.; Hahn Materialien 2. Aufl. Bd. 1 S. 722, Bd. 2 S. 1023. 1035. 1140. (R. G. 17. IV. 86.) R. C. XVI. (92.) 370. 371.

6. Ueber **„Unzulässigkeit des Rechtsweges"** s. § 247 Ziff. 2 ad R. C. VIII. (97.) 349. 350.

7. **Der Fall des § 509 Nr. 1 ist nicht nur bei Verwerfung der Berufung als unzulässiger, sondern auch bei ihrer Zulassung gegeben.** Selbst wenn dem klaren Wortlaute der Bestimmung gegenüber überhaupt aus ihrer Entstehungsgeschichte argumentirt werden dürfte, so würde doch

Digitized by Google

hier der Umstand, daß nach § 485 des Regierungsentwurfes die Zulässigkeit der Revision nur durch Verwerfung der Berufung wegen Unzulässigkeit nicht auch durch ihre Zulassung bewirkt werden sollte, nicht ins Gewicht fallen, weil die gegenwärtig geltende Bestimmung mit der damals beantragten, die sich aus der ins Auge gefaßten, aber nicht in das Gesetz übergegangenen Beschränkung der Revision durch konforme Vorentscheidungen erklärte, in keinem inneren Zusammenhange steht. (Dagegen Puchelt C. P. O. Bd. II. Anm. 3 u. 4 zum § 509.) (R. G. 25. I. 82.) R. C. VI. (117.) 382. (R. C. VIII. (102.) 356 ff.)

8. **Es ist im einzelnen Falle nicht zu untersuchen, ob nach den bisherigen Prozeßverhandlungen die Einlegung der formell zulässigen Revision auf Grund des § 509 Nr. 1 C. P. O. mehr oder weniger wahrscheinlich ist.** (R. G. 25. I. 82.) R. C. VI. (117.) 382. (R. C. VIII. (102.) 356 ff.)

9. **Der Fall der Unzulässigkeit der Berufung liegt auch in dem Falle vor, wenn die Berufung wegen mangelhafter Zustellung der Berufungsschrift ohne Erfolg bleiben muß.** (R. G. 15. I. 85.) U. u. A. I. (230.) 380.

10. **Der Fall, in welchem Einspruch gegen ein die Berufung zurückweisendes Urtheil als unzulässig verworfen worden ist, ist betreffs der Zulässigkeit der Revision** (§ 509 der R. C. P. O.) **nicht mit dem Falle gleich zu behandeln, in welchem das Berufungsgericht die Berufung als unzulässig verworfen hat.** Wenn auch die aus den Materialien zur C. P. O. erkennbare Entstehungsgeschichte der Bestimmung, nach welcher die Revision ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes stattfindet, soweit es sich um die Unzulässigkeit der Berufung handelt (Hahn, Materialien S. 62, 364), Anhaltspunkte für die Annahme ergeben möchte, daß die Frage, ob der durch das Urtheil erster Instanz beschwerten Partei die prozessualische Möglichkeit gegeben oder nicht gegeben sein solle, in der Berufungsinstanz nochmals vollständiges Gehör der Sache zu fordern, für so wichtig erachtet worden ist, um für dieselbe ohne Rücksicht auf die Höhe des Werthes des Beschwerdegegenstandes der beschwerten Partei die Revisionsinstanz zu eröffnen, — so würden solche Erwägungen doch bei dem Wortlaute des § 509 C. P. O., der eine Ausdehnung des darin ausgesprochenen, die Frage der Unzulässigkeit der Berufung betreffenden Prozeßgrundsatzes auf den Fall, in welchem die Zulässigkeit des Einspruchs gegen ein die Berufung zurückweisendes Versäumnißurtheil in Frage ist, ausschließt, nicht von entscheidender Bedeutung sein können. (R. G. 15. I. 85.) U. u. A. I. (230.) 380.

11. **Ziff. 2. Begriff der Worte „Ansprüche in Betreff öffentlicher Abgaben" im § 70 des G. V. G.** (§ 509 Abs. 2 der R. C. P. O.). Da die Reichsfinanzgesetze und die Reichsjustizgesetze Momente einer Gesetzgebung sind, so rechtfertigt sich der Schluß, daß der dritte Absatz im § 70 des G. V. G in Verbindung mit dem § 509 Ziff. 2 der R. C. P. O. sich in den Worten „Ansprüche in Betreff öffentlicher Abgaben" auf diejenigen öffentlichen Abgaben bezieht, welche der betreffende Bundesstaat durch seine Behörden beziehungsweise Beamten, als solche, in seinem Namen erhebt, mögen nun diese Abgaben durch Landesgesetz eingeführte Abgaben oder solche Reichsabgaben sein, welche auf Grund der

Digitized by Google

Normen des Reichs-, Staats- und Finanzrechts in der oben gekennzeichneten Weise erhoben werden und bezüglich deren der nach den maßgebenden Normen vor den ordentlichen Gerichten verfolgbare Anspruch gegen den Fiskus dieses Bundesstaats zu richten ist. Der betreffende, einer solchen Klage ausgesetzte Bundesstaat und mittelbar das Reich haben das wesentlichste Interesse daran, daß wichtige prinzipielle Fragen der Art nicht (in Folge des Zufalls der verschiedenen Höhe des in den einzelnen Streitfällen in Betracht kommenden Werthes, welcher für den Gerichtsstand und als Beschwerdegegenstandswerth für die Revisibilität in der Regel maßgebend ist) in vielen Fällen bei ihrer Entscheidung der Garantie kolegialer Berathung und Urtheilsfällung in erster Instanz, sowie der schließlichen (die Einheitlichkeit der Prinzipien und der Rechtspflege möglichst sichernden) Rechtsprechung des Reichsgerichts entzogen werden. Daß diese Gesetzesauslegung den Grundgedanken der Reichsgesetzgebung entspricht, dafür bildet der letzte Absatz des § 136 des G. V. G. eine Anzeige, sowie die Erwägungen, welche zur Annahme des dritten Absatzes des § 92 der R. C. P. O. geführt haben (vergl. die Kommissionsprotokolle zum G. V. G. S. 618 und zur R. C. P. O. S. 660). Daß das mittelbar berührte Interesse des Reiches in seinem Schutze von der Initiative des zunächst unmittelbar interessirten Bundesstaates abhängig gemacht wird, hat nichts Auffallendes bei der charakterisirten eigenthümlichen Art der Reichsabgabenerhebung durch die Bundesstaaten. (R. G. 2. II. 84.) A. IX. (134.) 545—546. R. C. XI. (17.) 77. 78.

12. **Begriff der „öffentlichen Abgaben" im Sinn des § 70 Abs. 2 des G. V. G. mit § 509 Ziff. 2 der C. P. O.** Gemäß § 509 Ziff. 2 der C. P. O. findet ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes die Revision statt in den Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, für welche die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind und in § 70 G. V. G. ist der Landesgesetzgebung die Zuweisung der Ansprüche in Betreff **„öffentlicher Abgaben"** an die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes überlassen, von welchem Vorbehalt in dem bayr. Ausführungsgesetz Art. 26 Ziff. 6 hinsichtlich „der Staatsabgaben" Gebrauch gemacht wurde. Ueber die Bedeutung des Worts **„Staatsabgabe"** wird oberstrichterlich in einem Fall, in welchem es sich um ein „Handlohnsäquivalent" handelte, bemerkt: „In den Justizgesetzen findet sich keine Erläuterung, was unter „Staatsabgabe" zu verstehen sei. In der Finanzwissenschaft wird der Ausdruck im Gegensatz zu den aus einem Privatrechtsverhältniß entstandenen Forderungen als Gesammtbezeichnung für diejenigen Staatseinnahmen gebraucht, welche nach den Normen des öffentlichen Rechts unter dem Namen von „Steuern" und „Gebühren" aus dem Einkommen der Einzelnen erhoben werden (vgl. Schönberg, Handb. der polit. Oekonomie 1. Aufl. Bd. 2 S. 13, 111). Zu denjenigen Forderungen des Staats, welche hiernach von den „Abgaben" auszuscheiden sind, gehören die auf der Grundherrlichkeit beruhenden Ansprüche, von denen eine Hauptart die aus dem getheilten Eigenthum entspringenden Rechte des Obereigenthümers bilden; sie werden, wenn sie bei Aenderungen im Besitz des belasteten Objekts an den Gutsherrn — hier den Staat — zu zahlen sind, „Handlohn" genannt. Der Grundcharakter des Handlohns

Digitized by Google

aber als eines dem Privatrecht angehörenden Rechtsverhältnisses wird nach dem anerkannten Rechtssatz, daß Surrogate die Natur dessen annehmen, dem sie surrogirt sind, auf das Geldäquivalent übertragen, welches in Folge der Ablösungsgesetze an die Stelle des ursprünglichen Handlohns getreten ist. Urtheil des obersten L. G. für Bayern v. 8. Juni 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (312.) 463. 464.

13. **Ein Handlohns-Aequivalent gehört nicht zu den Staatsabgaben und findet daher in einem Rechtsstreite über solches § 509 Ziff. 2 der Reichs-Civilprozeßordnung keine Anwendung.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern v. 8. Juni 1886. S. XI. (178.) 452 f.

14. **Die formelle Zulässigkeit der Revision bei Klagen gegen Beamte wegen Ueberschreitungen oder Unterlassungen im Amte.** S. hierüber (R. G. 22. II. 83.) A. VII. (122.) 392. 393.

15. **Dadurch, daß ein Amtsgericht sich rechtskräftig für unzuständig erklärt hat, weil ein Anspruch in Frage stehe, für welchen ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes das Landgericht ausschließlich zuständig sei, ist für das Revisionsgericht die selbständige Prüfung der Frage, ob der Anspruch zu denen, für welche die Landgerichte ausschließlich zuständig sind, gehöre und darum die Revision ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes stattfinde, nicht ausgeschlossen.** Das Revisionsgericht muß eine selbständige Prüfung der Erfordernisse der Revision für sich in Anspruch nehmen (ebenso Urtheil des I. Civilsenates vom 12. Januar 1887 Rep. I. 381/86). Die Bestimmung im § 11 C. P. O. hat nur den Zweck, zu vermeiden, daß die Frage der sachlichen Unzuständigkeit des Gerichtes nicht nochmals bei einem anderen Gerichte zur Erörterung und Entscheidung gebracht werde. Sie will einem Hin- und Herschieben der Sachen vorbeugen. Wenn nun noch die Revisionsinstanz beschritten ist, so liegt keine Nöthigung vor, auch für diese aus dem § 11 C. P. O. Konsequenzen herzuleiten, nämlich anzunehmen, daß das Revisionsgericht in der selbständigen Prüfung der Zulässigkeit der Revision durch die amtsgerichtliche Entscheidung beschränkt sei. Eine solche Tragweite ist dem § 11 nicht ohne weiteres beizulegen. Dazu würde es einer anderweiten, im Gesetze nicht enthaltenen Bestimmung bedurft haben. Mangels einer solchen muß angenommen werden, daß die Zulassung der Revision auf Grund des § 509 Ziff. 2 C. P. O. nicht schon mit dem Vorhandensein des in dem amtsgerichtlichen Unzuständigkeitsurtheile liegenden formalen Grundes der Zuständigkeit des Landgerichtes gegeben ist, daß vielmehr das Revisionsgericht die Frage der Anwendung des § 509 Ziff. 2 nach Maßgabe der objektiven Erfordernisse seiner Anwendbarkeit selbständig zu prüfen hat. (R. G. 15. XI. 86.) R. C. XVII. (96.) 384.

16. **Das Rev.-Ger. ist bei Prüfung der Zulässigkeit der Revision an die rechtskräftige Vorentscheidung, daß die Sache zur ausschließlichen Zuständigkeit der Landgerichte gehöre, nicht gebunden.** Urtheil des Reichsgerichts v. 15. Nov. 1886. R. A. 1887 beſ. Beil. 1 S. 27 ff. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 264 S. 372.

§ 510.

§ 510.

Der Beurtheilung des Revisionsgerichts unterliegen auch diejenigen Entscheidungen, welche dem Endurtheile vorausgegangen sind, sofern nicht dieselben nach den Vorschriften dieses Gesetzes unanfechtbar oder mit der Beschwerde anfechtbar sind.

Digitized by Google

§ 511. **§ 511.**

Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der Verletzung eines Reichsgesetzes oder eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinausstreckt, beruhe.

§§ 525, 526, 528 Abs. 4. E. G. § 6.

1. In § 511 ist eine Beschränkung der in Civilsachen zulässigen Revision nicht nur auf Fragen des inländischen Rechtes, sondern selbst auf Fragen aus gewissen Theilen des inländischen Rechtes ausgesprochen worden, so daß in Ansehung anderer Rechtsfragen das Revisionsgericht die Entscheidung der Vorinstanz als maßgebend zu betrachten hat (vergl. §§ 525, 528 Abs. 4 der R. C. P. O.). **Diese Beschränkung der Revision in Civilsachen innerhalb des Civilprozesses bildet übrigens eine Ausnahme von der Regel, welche letztere in Uebereinstimmung mit der allgemeinen Rechtsdoktrin in dem § 265 der R. C. P. O. ihren Ausdruck gefunden hat.** Die Motive der R. C. P. O. und die Berathungen über den Entwurf der letzteren lassen deutlich erkennen, welche besonderen, nur die Civilprozesse betreffenden Rücksichten zu jener Beschränkung der civilprozessualischen Revision geführt haben. Es handelte sich einerseits um eine Entlastung des R. G. mit der Folge, daß die Zahl der Senate dieses Gerichts nicht zu groß und dadurch die Durchführung einer einheitlichen Rechtsprechung gefährdet würde, andererseits um den Gedanken, daß der oberste Gerichtshof grundsätzlich ein Gerichtshof für das deutsche Reichsrecht sein sollte, auch um die Erwägung, daß bei lokal beschränkten Rechtsnormen die Lokalgerichte die nämliche oder eine noch größere Gewähr einer richtigen Rechtsanwendung bieten würden (Motive S. 44—46); die Ausschließung des ausländischen Rechtes von der Revision in Civilsachen wurde insbesondere auf die erwähnte grundsätzliche Idee eines Gerichtshofes für das Deutsche Reichsrecht, sodann auf den Vorgang des Französischen Rechtes zurückgeführt (das. S. 322). Aus dem Zwecke einer im Dienst der Rechtseinheit wünschenswerthen Entlastung des R. G. ist auch die Einführung der Revisionssumme hervorgegangen (§ 508 der R. C. P. O.). — (R. G. 21. II. 84.) A. IX. (94.) 407. 408.

2. **Die Revision kann nicht auf die Verletzung eines aufgehobenen Landesgesetzes gestützt werden.** Nach § 511 C. P. O. kann die Revision nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der Verletzung eines Reichsgesetzes oder eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichtes hinauserstreckt, beruhe. Bei diesem Erfordernisse hat es die Verordnung vom 28. September 1879 gelassen. Die Geltung des betreffenden Gesetzes innerhalb des Bezirkes des Berufungsgerichtes ist die allgemeine Voraussetzung der Revisibilität (vgl. den Bericht der Reichstagskommission, Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Reichstages 1880 Bd. 3 S. 482). Nun sind aber unter Gesetzen, deren „Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichtes hinaus erstreckt", lediglich solche Landesgesetze zu verstehen, welche bei dem Inkrafttreten der C. P. O. für den Bezirk des Berufungsgerichtes gelten oder doch später daselbst Geltung erhalten, nicht dagegen Landesgesetze, welche ehedem für das jetzt zu dem Bezirke des Berufungsgerichtes gehörige Territorium gegeben, jedoch am 1. Oktober 1879 bereits aufgehoben und in dem zur Entscheidung vorliegenden Falle nur noch

Digitized by Google

anzuwenden waren, weil das streitige Rechtsverhältniß unter der Herrschaft des aufgehobenen Gesetzes entstanden ist. Derartige Gesetze der Vorschrift des § 511 C. P. O. zu unterstellen, verbietet sowohl der Wortsinn als der Zweck der Vorschrift. **Der Ausdruck „Geltungsbereich eines Gesetzes" bezeichnet die Herrschaft des Gesetzes nicht allein in Bezug auf seine räumlichen, sondern auch in Bezug auf die zeitlichen Grenzen.** In zeitlicher Hinsicht umfaßt das Wort „Geltungsbereich" nur den Zeitraum, während dessen das Gesetz Wirkung äußert, „verbindliche Kraft" hat (Art. 2 der Reichsverfassung). Diesen Sinn legt wenigstens der gewöhnliche Sprachgebrauch dem Worte „Geltung" bei. Bedürfte es hierbei noch eines Beleges, so würde der Hinweis auf Windscheid Pandekten § 31 („die Geltung der Rechtssätze beginnt mit ihrer Entstehung und endigt mit ihrem Untergange") genügen. Aufgehobene Gesetze haben also nach üblicher Redeweise keine Geltung, mithin auch keinen „Geltungsbereich" mehr. Daß die C. P. O. in § 511 einen weitergehenden Sinn mit dem Ausdrucke „Geltungsbereich" verbunden hätte, ist weder an sich vorauszusetzen, noch durch irgend welche andere Bestimmung dieses Prozeßgesetzes angedeutet. Das Einf.-Ges. z. C. P. O. folgt vielmehr ganz dem üblichen Sprachgebrauche, indem es in § 22 älteren, durch die C. P. O. aufgehobenen Gesetzen über exekutorische Urkunden rücksichtlich der vor der Aufhebung ausgestellten Urkunden für dasjenige Rechtsgebiet fortdauernde Wirksamkeit zugesteht, in welchem die aufgehobenen Gesetze „gegolten haben". Aus dieser Wortfassung erhellt klar, daß auch nach der Ausdrucksweise der C. P. O. die „Geltung" eines Gesetzes aufhört, sobald dasselbe aufgehoben wird. Aufgehobenen Rechtssätzen verbleibt allerdings noch eine gewisse Wirkung für die Folgezeit, insoweit nämlich, als die Regeln über die Nichtrückwirkung neuer Gesetze die Anwendung des aufhebenden Gesetzes auf vorangegangene Fälle und vorher erworbene Rechte ausschließen. Insoweit kann man jedoch nicht von einer noch fortwährenden „Geltung" des aufgehobenen Gesetzes sprechen. Das aufgehobene Gesetz ergreift eben nicht mehr, wie das in Kraft stehende, alle Rechtsverhältnisse, welche es ordnen sollte, nicht mehr die zukünftigen Ereignisse, sondern es findet nur noch Anwendung, obwohl es nicht mehr gilt, in einer geschlossenen Reihe von Fällen, welche der Vergangenheit angehören, von dem aufgehobenen Gesetze bereits ergriffen waren und danach beurtheilt werden müssen, weil außerdem wohlerworbene Rechte Beeinträchtigung erleiden würden. Wenn dennoch zuweilen gesagt wird: das aufgehobene Gesetz „gilt" noch für die älteren Fälle, so gebraucht man damit das Wort „gelten" nur in uneigentlicher, übertragener Bedeutung, welche der Gesetzessprache fremd ist. Die gleichzeitig mit der C. P. O. erlassenen Gesetze wenigstens, welche hier vorzugsweise in Betracht kommen, drücken den Begriff fortdauernder Wirksamkeit aufgehobener Gesetze durch die Worte aus: „die bisherigen Gesetze finden Anwendung" (§ 18 Abs. 1 des Einf.-Ges. z. C. P. O., § 8 Abs. 2 des Einf.-Ges. z. St. P. O.); ein früher eröffnetes Verfahren „ist nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen" (§ 21 Abs. 1 des Einf.-Ges. z. C. P. O.; § 8 Abs. 1 des Einf.-Ges. z. Konk.-O.). Die Ansicht, daß Verstöße gegen ein am 1. Oktober 1879 nicht mehr gültig gewesenes Gesetz die Revision begründen können, ent-

Digitized by Google

spricht ferner nicht dem Zwecke der in § 511 C. P. O. getroffenen Bestimmungen. Durch die Rechtsprechung des Revisionsgerichtes soll die Rechtseinheit in den richterlichen Entscheidungen gewahrt werden, jedoch nur insoweit, als ein Bedürfniß für die Erhaltung der Rechtseinheit vorhanden ist. Ein solches Bedürfniß hat der Gesetzgeber bei nichtreichsgesetzlichen Rechtsnormen nur mit der in § 511 vorgesehenen Beschränkung anerkannt und aus dieser Beschränkung folgert die Begründung des Entwurfes der C. P. O. (S. 322 unter III. 1) zuvörderst, daß die Revision auf eine unrichtige Anwendung ausländischen Rechtes nicht gestützt werden könne. Ist die hierin enthaltene Erläuterung maßgebend für die Auslegung des § 511, ist also anzunehmen, daß es nicht im Sinne des Gesetzes liege, den Parteien die dritte Instanz selbst dann zu eröffnen, wenn das Berufungsgericht ausnahmsweise nach einer nicht innerhalb seines Bezirkes geltenden Rechtsnorm zu entscheiden hatte und wenn es dabei die fremde Rechtsnorm verletzte, so läßt sich andererseits auch die Annahme nicht zurückweisen, daß es ebensowenig die Meinung des Gesetzes sein könne, die Revision dann zu verstatten, wenn das Streitverhältniß ausnahmsweise nach einer nicht mehr im Bezirke des Berufungsgerichtes geltenden Rechtsnorm zu beurtheilen war und wenn bei Anwendung einer derartigen Rechtsnorm gefehlt wurde. Beide Fälle — die Verletzung eines örtlich nicht für den Bezirk des Berufungsgerichtes geltenden Rechtes und die Verletzung eines zeitlich nicht für diesen Bezirk geltenden Rechtes — stehen sich bei der Beantwortung der Frage, ob rücksichtlich solcher Verletzungen das Bedürfniß einheitlicher Rechtsprechung anzuerkennen sei, offenbar gleich. Mindestens wäre nicht abzusehen, warum das Gesetz, wenn es die zeitlich nicht mehr im Bezirke des Berufungsgerichtes geltende Rechtsnorm für den einzelnen Rechtsstreit, in welchem sie zur Anwendung kommen mußte, als „geltendes Recht" hätte behandelt wissen wollen, nicht ganz ebenso auch die örtlich im Bezirke des Berufungsgerichtes nicht geltende Rechtsnorm für den einzelnen Fall, welcher danach zu entscheiden war, als „geltendes Recht" angesehen und den Ausdruck „Geltungsbereich", auch hierauf mit bezogen haben sollte. **„Geltungsbereich" ist** aber, wie die obengedachte Stelle der Motive außer Zweifel setzt, **nicht gleichbedeutend mit „Anwendungsbereich"**, übrigens schon nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche nicht. So würde sich schwerlich sagen lassen, das Preuß. Allg. Landrecht, welches der sächs. Richter nach den internationalprivatrechtlichen Bestimmungen des bürgerl. Gesetzbuches der Entscheidung eines Rechtsfalles zu Grunde zu legen hat, „gelte" für einen solchen Fall im Königreiche Sachsen, und wenn schon die Motive das Wort „Geltungsbereich" in der angegebenen Weise nur mit Rücksicht auf die örtlichen Grenzen landesgesetzlicher Rechtsnormen erklären, so geht doch hieraus nicht hervor, daß jenes Wort hinsichtlich der zeitlichen Grenzen der Gesetze anders zu verstehen sei. In der That würden auch, wenn aufgehobene Gesetze für revisibel erachtet werden wollten, die ohnehin schon vorhandenen, von den Motiven (S. 320) und in der Denkschrift zur Verordnung vom 28. September 1879 (Stenogr. Berichte über die Verh. d. Reichstages 1880 Bd. 3 S. 295) anerkannten Schwierigkeiten, welche sich häufig bei der Feststellung des Geltungsgebietes einzelner landesgesetzlicher Rechtsnormen ergeben, noch beträchtlich

Digitized by Google

vermehrt werden. Der § 1 der Verordnung vom 28. September 1879 würde alsdann sogar auf Gesetze bezogen werden müssen, welche jetzt nirgends mehr im Deutschen Reiche gelten und nur einst in Ländern gegolten haben, die gegenwärtig den ganzen Umfang von wenigstens zwei Bundesstaaten bilden. Die solchenfalls erforderlichen rechtsgeschichtlichen und staatsrechtlichen Untersuchungen würden oft nicht einmal zu sicheren Ergebnissen führen und den Geschäftskreis des Revisionsgerichtes gegen die offenkundige Absicht des Gesetzes ungemessen erweitern. Erst in der erwähnten Denkschrift (a. a. O. S. 296 § 3) ist die Frage berührt worden, ob eine Verletzung aufgehobener Landesgesetze die Revision begründen könne. Die Denkschrift gelangt zwar zu einer Bejahung der Frage, obwohl die Bemerkung vorausgeschickt wird, daß nur bei dem lebendigen Rechte der Gegenwart das Bedürfniß einheitlicher Entwickelung des Rechtes in Frage komme. Eine nähere Rechtfertigung der Revisibilität aufgehobener Gesetze findet sich aber nicht in der Denkschrift, sondern lediglich der Hinweis darauf, wie es „unter Umständen", beispielsweise für das ältere preuß. Hypotheken- und Vormundschaftsrecht, nicht wünschenswerth sei, an die Stelle der insoweit früher vorhandenen einheitlichen Rechtspflege die Endgültigkeit der Rechtsauffassung der verschiedenen Oberlandesgerichte treten zu lassen. Ein entscheidendes Gewicht bei der Auslegung der C. P. O. kann diesen Aeußerungen nicht zugestanden werden. Denn die vorliegende Frage ist auch gelegentlich der Kommissionsberathung, anläßlich des letzten Satzes von § 7 der Verordnung, erwogen worden und der Kommissionsbericht (a. a. O. S. 486) sagt hierüber folgendes: „Aus der Mitte der Kommission wurden Zweifel an der Richtigkeit dieser (der in der Denkschrift zu § 3 entwickelten) Ansicht geäußert. Es wurde bemerkt: Man wolle zwar gegen den Schlußsatz des § 7 keinen Widerspruch erheben, da er sachlich durchaus gerechtfertigt sei; man verwahre sich aber dagegen, daß aus diesem Satze etwa ein argumentum a contrario zu Gunsten der Revisibilität aufgehobener Gesetze entnommen werde. Die Frage bleibe eine offene, der richterlichen Entscheidung überlassene; durch die Genehmigung des gedachten Schlußsatzes werde der Entscheidung dieser prinzipiellen Frage in keiner Weise präjudizirt." (R. G. 22. XI. 81.) R. C. V. (120.) 417—422. (R. C. VII. (112.) 367.)

3. Der in § 511 C. P. O. gebrauchte Ausdruck: **„Geltungsbereich eines Gesetzes"** die Herrschaft der Gesetze sowohl in Bezug auf ihre räumlichen, als auch in Bezug auf ihre zeitlichen Grenzen verbleibt aufgehobenen Rechtssätzen nur insoweit noch Wirkung für die Folgezeit, als die Regeln über die Nichtrückwirkung neuer Gesetze die Anwendung des aufhebenden Gesetzes auf vorangegangene Fälle und vorhererworbene Rechte ausschließt. **Es kann sonach die Revision nicht auf aufgehobene Landesgesetze in solchen Rechtsstreitigkeiten gestützt werden, welche aus Anlaß eines vor dem Inkrafttreten der Reichskonkursordnung anhängig gewordenen Konkurses entstehen und nach Vorschrift der Landesgesetze im neuen Verfahren auszutragen sind.** (R. G. 20. X. 82.) R. C. VIII. (28.) 115.

4. **Revisibilität aufgehobener Rechtsnormen.** Urtheil des obersten L. G. f. Bayern v. 15. Febr. 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (249.) 377.

5. **Keine Revision wegen Ausschließung des römischen Rechts aus dem**

Digitized by Google

Grunde, weil dasselbe zu gewisser Zeit in einem Theil Deutschlands noch nicht rezipirt gewesen sei. Urtheil des Reichsgerichts v. 21. Nov. 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 362 S. 479.

6. **Wenn das Berufungsgericht die seiner Ansicht nach innerhalb der reichsgesetzlichen Schranken erlassenen Landesgesetze aus den ihnen zu Grunde liegenden Reichsgesetzen auslegt, wendet es mittelbar auch die letzteren an,** und es erscheint die Rüge der Verletzung eines Reichsgesetzes begründet, wenn die Annahme des Berufungsgerichts über den Inhalt der einschlagenden Landesgesetze oder über die Einhaltung der reichsgesetzlich der Landesgesetzgebung gezogenen Schranken auf einer unrichtigen Auffassung von Reichsgesetzen beruht. (R. G. 6. X. 80.) R. C. II. (25.) 94.

7. **Bei Folgerungen aus der Interpretation von Partikulargesetzen ist die Revision zulässig.** (R. G. 23. I. 83.) R. C. X. (35.) 124. (R. C. II. (20.) 70.)

8. **Revision gegen die Anwendung eines nur im Bezirk des Ber.-Ger. geltenden Gesetzes, wenn durch diese Anwendung Reichsrecht verletzt wird.** Urtheil des Reichsgerichts v. 7. Nov. 1885. S. A. XLI bezw. XI. (248.) 376 f.

9. **Zulässigkeit der Revision bei Beurtheilung des Verhältnisses reichsgerichtlicher Bestimmungen zu partikularrechtlichen.** (R. G. 28. V. 80.) S. hierüber bei § 525 ad R. C. II. (109.) 394 bezw. (20.) 70.

10. **Revisibilität eines Rechtssatzes, welchen der Berufungsrichter aus einer partikularrechtlichen Norm mit Zuhilfenahme allgemeiner Rechtsprinzipien abgeleitet hat.** (R. G. 7. III. 82.) R. C. VI. (123.) 394. 395.

11. **Die Grundsätze des Völkerrechtes sind revisible Rechtsnormen.** (§§ 511, 512 der R. C. P. O.; Kaiserl. Verordnung vom 28. Sept. 1879.) Das Europäische Völkerrecht, hervorgegangen aus dem nachweisbaren gemeinsamen Willen unabhängiger Staaten, enthält sowohl insoweit, als es auf geschriebenem Rechte — dem Inhalte von Staatenverträgen — wie auch insoweit, als es nur auf ungeschriebenem Rechte — dem Staatenherkommen oder auch nur auf Folgerungen aus dem Wesen allgemein anerkannter oder gebräuchlicher Institutionen — beruht, eine Reihe von Rechtsnormen, deren Verletzung die Revision im gesetzlichen Sinne begründet und zu denen ohne Zweifel auch das Recht des Krieges, insbesondere dasjenige der Kriegseroberung gehört. (R. G. 16. VI. 83.) A. VIII. (99.) 363.

12. **Soweit das Reichsgericht mit den in dem § 5 des E. G. zur R. C. P. O. erwähnten Angelegenheiten befaßt ist, gehören diese Sachen nach § 13 G. V. G. in letzter Instanz zur ordentlichen Gerichtsbarkeit.** Das Revisionsgericht hat in allen solchergestalt an dasselbe gelangenden Rechtsstreitigkeiten nach Maßgabe der Civilprozeßordnung zu befinden. Obgleich daher die dem Landesherrn eingeräumten Vorrechte nur innerhalb des eigenen Landes, nicht außerhalb desselben gelten, so ist damit keineswegs ausgesprochen, daß nur die eigenen Landesgerichte dieselben zu beachten hätten; vielmehr muß das Reichsgericht bei der Beurtheilung einer gegen das Erkenntniß eines besonderen Landesgerichtes zweiter Instanz eingelegten Revision die einschlagenden Partikulargesetze gerade so anwenden, wie wenn dieses Rechtsmittel gegen ein von einem ordent-

Digitized by Google

lichen Gerichte zweiter Instanz erlassenes Urtheil verfolgt worden wäre. (R. G. 12. XII. 84.) R. C. XII. (125.) 428.

13. **Die Quelle, auf welcher die Rechtsnorm beruht, wird vom Gesetz nicht unterschieden.** Im Gegentheil sagen die Motive zur C. P. O. (S. 318) ausdrücklich, der Entstehungsgrund der Norm sei gleichgültig. Wenn sie dabei allein das Gewohnheitsrecht neben dem vom Gesetzgeber ausdrücklich ausgesprochenen Recht erwähnen, so enthält dies nur ein Beispiel, und hindert an sich nicht, **daß auch Verordnungen der Verwaltungsbehörden, insbesondere wenn sie auf Grund gesetzlicher Autorisation erlassen werden, als Rechtsnorm im Sinn des § 511 bezw. § 12 cit. angesehen werden** können. Urtheil des Reichsgerichts v. 19. Okt. 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 161 S. 232.

14. **Anordnungen des Verwaltungschefs im Interesse der Amtsdisziplin sind nicht revisibel.** Urtheil des Reichsgerichts v. 19. Okt. 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 161 S. 232.

15. **Keine Revision wegen unrichtiger Anwendung einer angeblich durch Lokalstatut abgeänderten allgemeinen Rechtsnorm.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern v. 28. Jan. 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 74 S. 106.

16. **Keine Revision wegen der angeblich unrichtigen Annahme des Berufungsgerichts, daß die gemeinrechtlichen Vorschriften durch Lokalstatut abgeändert seien.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern v. 5. Febr. 1883. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 361 S. 478.

17. **Ein durch königlichen Erlaß genehmigtes und durch die Gesetzsammlung veröffentlichtes Reglement für die Feuersozietät einer Provinz ist kein Gesetz im Sinne der §§ 511, 525 der C. P. O.** Urtheil des Reichsgerichts v. 23. März 1881. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 309 S. 483.

18. **Die Frage, ob sich ein Gewohnheitsrecht gebildet hat, entscheidet der Berufungsrichter nicht nach partikularem, sondern nach gemeinem Rechte. Die Richtigkeit der hierbei angewendeten oder anzuwendenden Rechtsgrundsätze des gemeinen Rechtes unterliegen der Nachprüfung in dritter Instanz.** (R. G. 20. IX. 81.) R. C. V. (97.) 361. (R. C. II. (49.) 182.)

19. **Die Revision kann darauf gestützt werden, daß die Annahme des Bestehens eines lokalen Gewohnheitsrechtes gegen die gemeinrechtlichen Grundsätze über Gewohnheitsrecht verstoße.** (R. G. 6. XI. 80.) R. C. II. (49.) 182.

20. **Die Bedeutung eines subsidiären Rechtes kann auch darauf gestellt werden, daß es überall da gilt, wo nicht eine abweichende Norm des Partikularrechtes ihm entgegentritt, indem also, insoweit das gemeine Recht für einen Theil der gemeinrechtlichen Gebiete partikularrechtlich kodifizirt ist, die Geltung der betreffenden Rechtssätze ebensowohl auf das gemeine Recht, wie auf das Partikularrecht zurückgeführt werden kann.** Diese Auffassung muß jedenfalls deßhalb als die den Bestimmungen des § 511 C. P. O., bezw. der §§ 1. 2 der Kaiserl. Verordnung vom 28. September 1879, betreffend die Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, zu Grunde liegende angesehen werden, weil sie die allein praktikable ist. Nicht nur würde die entgegengesetzte Auffassung sich auf dem Gebiete des Gewohnheitsrechtes, bei dem Mangel aller sicheren Kriterien, als kaum durchführbar herausstellen, sondern auch soweit es sich um Partikular-

Digitized by Google

gesetze gemeinrechtlichen Inhaltes handelt, würden, bei der fragmentarischen Beschaffenheit vieler älterer Kodifikationen, die eine beständige Ergänzung aus dem gemeinen Rechte voraussetzt, sich in der Praxis die größten, nur durch eine haarspaltende Jurisprudenz zu lösenden Schwierigkeiten ergeben. (R. G. 23. VI. 81.) R. C. V. (115.) 405. 406.

21. **Die Entscheidung von Zweifeln des sog. internationalen Privatrechts durch das Berufungsgericht, dahin gehend, daß ein bestimmtes von mehreren Partikularrechten allein anwendbar sei, ist der Revision nicht zugänglich.** Auf welchem Wege das Berufungsgericht zur Beantwortung jener Vorfrage gelangt ist, ob der betreffenden Schlußfolgerung eine rein thatsächliche Würdigung des Parteivorbringens oder nebenher noch die Anwendung von Gesetzen zu Grunde liegt, deren Verletzung möglicherweise eine Revision begründen könnte, erscheint gleichgültig. (R. G. 20. IX. 80.) A. IV. (97.) 329. 330.

22. **Wegen Verletzung gemeinrechtlicher Grundsätze bei der Anwendung des Partikularrechtes ist eine Revision zulässig.** (R. G. 29. III. 81.) R. C. V. (99.) 367. 371—373.

23. **Die Revision kann nicht darauf gestützt werden, daß die der Entscheidung zu Grunde gelegte Bestimmung des gemeinen Rechts durch eine Vorschrift eines Landesgesetzes aufgehoben sei, auf dessen Verletzung die Revision nicht gestützt werden kann.** (R. G. 14. VI. 81.) R. C. IV. (58.) 202.

24. **Die Revision kann auf Verletzung des gemeinen deutschen Rechtes, insbesondere deutschrechtlicher Grundsätze, über die eheliche Errungenschaftsgemeinschaft gestützt werden.** Hierbei ist es gleichgültig, ob diese Normen auf gesetzlicher Vorschrift oder einem deutschen Gewohnheitsrechte beruhen. (R. G. 10. XII. 80.) R. C. III. (57.) 205.

25. **Revisibilität der partikularrechtlich codifizirten gemeinrechtlichen Rechtsnormen in den Gebieten des gemeinen Rechtes; spezielle Anwendung auf die Normen des protestantischen Kirchenrechtes.** (R. G. 23. VI. 81.) R. C. V. (115.) 404—406.

26. **Ein Gesetz, welches in eine einzelne preußische Provinz eine Verordnung einführt, welche in mehreren anderen Provinzen gesetzliche Geltung hat, ist revisibel.** Wenn man auch annimmt, daß bei bloß materieller Konformität einer Vorschrift in zwei verschiedenen Gesetzgebungen deren Revisibilität nach der Kaiserlichen Verordnung vom 28. September 1879 nicht eintritt, so ist doch die Identität eines an verschiedenen Orten geltenden Rechtssatzes nicht schlechthin an die Voraussetzung gebunden, daß der Rechtssatz durch denselben Akt der Gesetzgebung oder Rechtsbildung für beide Orte zum Recht geworden ist. Insbesondere muß die Revisibilität in solchen Fällen angenommen werden, wenn ein für andere Territorien erlassenes Gesetz als Ganzes und unverändert in ein neues Geltungsgebiet eingeführt wird. (Vgl. Eccius in Gruchot, Beiträge Bd. 24 S. 26 f.) (R. G. 20. IX. 81.) R. C. V. (97.) 361. A. IV. (98.) 330.

27. **Der § 511 der Civilprozeßordnung findet auch für die Bestimmungen der bayer. Gerichtsordnung von 1753 und des gemeinen Rechts über Rechtskraft insoferne Anwendung, als sie sich auf Rechtsverhältnisse erstrecken, welche unter ihrer Herrschaft eine abschließende Regelung erhalten**

Digitized by Google

haben. Urtheil des obersten L. G. f. Bayern v. 15. Febr. 1886. S. XI. (126.) 337.

28. **Das badische Gesetz vom 28. August 1835 über die Zwangsabtretung gehört nicht zu denjenigen Gesetzen, auf deren Verletzung in Gemäßheit des § 511 C. P. O. und des § 6 der Kaiserlichen Verordnung vom 28. September 1879 betreffend die Begründung der Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten dieses Rechtsmittel gestützt werden kann.** Zu den Gesetzen, durch deren Verletzung die Revision begründet wird, rechnet nämlich die Verordnung vom 28. September 1879 nur diejenigen gesetzlichen Vorschriften, welche bestimmte Vorschriften der in ihrem ersten Absatze bezeichneten Gesetze ausdrücklich erläutern, ausdehnen, beschränken, aufheben oder ersetzen. Nach diesem klaren Wortlaut sind also nicht solche Gesetze gemeint, welche bloß im Anschlusse an ein gesetzliches Prinzip eine damit im Zusammenhange stehende Materie selbständig und ausführlich regeln, sondern nur solche, welche eine bestimmte, einzelne Gesetzesvorschrift für sich allein betreffen, wie dies mehrfach z. B. betreffs der Landrechtsätze 384, 620 (durch die Verordnung vom 9. März 1819), des Landrechtsatzes 738 a (durch die Verordnung vom 16. Januar 1818), des Landrechtsatzes 972 (durch die Erläuterung vom 29. August 1817), des Landrechtsatzes 973 (durch die Verordnung vom 7. Mai 1878) der Fall ist, daß nur solche und nicht auch alle Gesetze gemeint sind, welche, wie das über die Zwangsabtretung, als ein im Landrechte ausgesprochenes Prinzip anknüpfen, jedoch sich als eine besondere Gesetzgebung darstellen, indem sie das Prinzip für alle von denselben berührten Fälle durchzuführen suchen, ergibt sich auch daraus, daß einzelne solcher Gesetze im dritten Absatze noch besonders als revisible aufgezählt sind. (R. G. 1. VI. 80.) R. C. II. (104.) 382. 383.

29. In der **unrichtigen Anwendung des badischen Dienereditkes** kann eine Verletzung eines Reichsgesetzes, als welches allein das Reichsbeamtengesetz in Frage kommen kann, nicht gefunden werden, weil dieses die nach Maßgabe des bad. Gesetzes vom 30. Januar 1819 vor seiner Wirksamkeit erworbenen Rechte gar nicht berührt. (R. G. 26. X. 80.) R. C. II. (28.) 116.

30. **In badischen Prozessen sind Anhangssatz 234 zum badischen L. R., § 30 des bad. Einführungsgesetzes zu den Reichs-Justizgesetzen vom 3. März 1879 und des französischen Code de commerce nicht revisibel.** (R. G. 17. X. 84.) R. C. XII. (76.) 305.

31. Das **Münchener Stadtrecht** ist auf das Gebiet innerhalb des Burgfriedens beschränkt und erstreckt sich hiernach nicht über den Bezirk des Oberlandesgerichts München hinaus. (B. O. L. 28 I. 82.) S. IX. (152.) 486.

32. **Das Lübeckische Recht ist nach §§ 1 und 6 der kaiserlichen Verordnung vom 21. September 1879 nicht revisibel.** (R. G. 29. IX. 81.) A. IV. (94.) 328.

33. **Die Revision kann mit Erfolg darauf gestützt werden, daß zu Unrecht ausländisches Recht nicht angewendet wurde.** (R. G. 25. X. 83.) A. IX. (13.) 65.

34. **Die Feststellung bestrittener Normen eines fremden Rechtes ohne**

Digitized by Google

Beweiserhebung seitens des Instanzrichters unterliegt nicht der Nachprüfung des Revisionsgerichts (§ 265). (R. G. 26. IX. 83.) R. C. X. (46.) 172.

35. **Die Revision kann nicht auf Verletzung der Grundsätze von der Beweislast gegründet werden, wenn das zu beurtheilende Rechtsverhältniß von Rechtsnormen des Auslandes beherrscht wird, deren Geltungsbereich sich nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinauserstreckt,** denn die Grundsätze der Beweislast gehören nicht dem Prozeßrechte an, sondern sind identisch mit den Normen des (das streitige Rechtsverhältniß beherrschenden) materiellen objektiven Rechtes, betrachtet als Maßstab für die Wesentlichkeit der Klarlegung eines (behaupteten, prozessual rechtzeitig bestrittenen) Thatbestandes zum Durchdringen der behauptenden Partei mit einem Behelfe. (R. G. 17. IV. 82.) R. C. VI. (127.) 413. (R. C. III. (125.) 425.)

36. **Die Revision kann auf Rechtsverletzung bei Auslegung eines Vertrages** gegründet werden, wenn sich ergibt, daß die Vertragsauslegung in Wirklichkeit die Feststellung einer Rechtsnorm ist, allein sie kann **nicht** darauf **gegründet werden, wenn das zu beurtheilende Rechtsverhältniß von Rechtsnormen des Auslandes beherrscht wird.** (R. G. 17. IV. 82.) R. C. VI. (127.) 413. (R. C. III. (125.) 425.)

37. **Die Revision kann nicht auf die Verletzung ausländischen Rechts gestützt werden.** Urtheil des Reichsgerichts vom 8. Januar 1881. Fenner u. Mecke, Archiv Bd. 2 S. 162. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 310 S. 483.

S. hierüber noch bei § 512.

§ 512. **§ 512.**

Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.

§ 516. E. G. § 12.

1. Gesetz im Sinne der Civilprozeßordnung ist nach § 12 des Einführungsgesetzes zu derselben jede Rechtsnorm. Von den Normen des Rechts sind die bloßen Vertragsnormen zu unterscheiden, denen sich, wenn auch noch so viele, doch immer nur die betheiligten Kontrahenten rechtlich freiwillig unterwerfen. Die Natur solcher Vertragsnormen wird dadurch nicht geändert, daß sie in veröffentlichten Statuten, Reglements und dergl. niedergelegt sind. **Auf unrichtige Auslegung von Vertragsnormen** (z. B. Satzungen einer Pensionsklasse), **Urkunden, unrichtige positive oder negative Feststellung von Thatsachen kann daher die Revision nicht gestützt werden,** es sei denn, daß bei solcher Auslegung oder Feststellung eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist. (Vgl. § 516 Nr. 2 und § 524 der Reichs-Civilprozeßordnung.) — (B. O. L. 16. II. 83.) S. X. (10.) 23. 24. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 363 S. 479. 480.

2. **Wenn es sich um eine nach billigem Ermessen festzusetzende Höhe einer Forderung handelt, so hat der Richter hierbei keine streng juristische Thätigkeit auszuüben,** er hat nicht nach Rechtsregeln zu erkennen, nicht den Fall unter einen Rechtssatz zu subsumiren, sondern als bonus vir nach den Grundsätzen der Billigkeit zu arbitriren. (Fitting in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. V S. 91 ff. Entsch des R. O. H. G. Bd. III Nr. 13 S. 74.) **Verstößt er gegen die Grundsätze der Billigkeit, so kann sein Ausspruch vom Berufungsrichter abgeändert werden,** und zwar

Digitized by Google

unbedingt, nicht nur, wenn die iniquitas sich als manifesta darstellt; denn der Berufungsrichter hat in gleicher Weise und in gleichem Umfange, wie der erste, seine richterliche Thätigkeit auszuüben, auch er ist in einem solchen Falle arbitrator; **allein dasselbe gilt nicht vom Richter in der Richtigkeitsinstanz.** Ein Verstoß gegen die Billigkeit ist kein rechtlicher Verstoß, und dies gilt nicht nur für den Fall, wenn der Richter aus gewissen Umständen, die er bei der Arbitrirung berücksichtigt, irrige Konsequenzen zieht, sondern auch für den Fall, wenn er Umstände berücksichtigt, welche für das arbitrium irrelevant sind, oder umgekehrt relevante Umstände für nicht relevant erklärt; denn auch hierbei handelt der Richter als arbitrator. **Allerdings kann aber der Richter bei Feststellung des Materials, welches er dem arbitrium zu Grunde legt, sich rechtsgrundsätzliche Verstöße zu Schulden kommen lassen. Gegen ein solches Verfahren ist die Richtigkeitsbeschwerde zulässig, wie gegen jeden sonstigen rechtlichen Verstoß.** (R. G. 25. VI. 81.) A. IV. (71.) 253. 254.

3. **Eine Verordnung des Staatsoberhaupts bezüglich der Ansprüche der Angehörigen eines Staatsverwaltungszweiges kann eine revisible Rechtsnorm bilden.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 8. März 1884. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 265 S. 362.

4. **Eine auf gesetzlicher Ermächtigung beruhende Verfügung einer Verwaltungsbehörde als Rechtsnorm im Sinn des § 512 der C. P. O.** Die Verfügung bildet zwar kein Gesetz im engeren, formellen Sinn, indem sie nicht von der Legislative ausgegangen ist, wenn sie auch auf Grund einer speziellen Ermächtigung derselben erlassen ist. Nach dem § 512 der C. P. O. ist aber unter einem „Gesetz", dessen Verletzung die Revision begründen kann, jede **„Rechtsnorm"** zu verstehen. **Es ist dabei nicht unterschieden, auf welcher Quelle die Rechtsnorm beruht.** In den Motiven ist hervorgehoben, daß für die Revision die Quelle, der Entstehungsgrund der verletzten Rechtsnorm gleichgültig sei. Allerdings erwähnen dieselben dabei nicht ausdrücklich, daß die Rechtsnorm im Sinn des § 512 auch in einer Anordnung einer Verwaltungsbehörde ihren Ursprung haben könne; sie sprechen vielmehr von dem Gewohnheitsrecht neben dem Recht, welches ausdrücklich in den Gesetzen ausgesprochen ist, oder sich aus deren Sinn und Zusammenhang ergibt. Es wird aber andererseits auch in keiner Weise angedeutet, daß eine Rechtsnorm durch eine Verfügung einer Verwaltungsbehörde nicht begründet werden könne. (Vgl. Endemann, deutscher C. P. Bd. 2 S. 453, 454; Oppenhoff, Strafverfahren S. 517 Nr. 18; Löwe, Komm. zur Str. Pr. O. 3. Aufl. S. 648; Geyer, Strafprozeß S. 818; Schwarze, Str. Pr. O. S. 525; Rönne, Preuß. Staatsrecht 4. Aufl. Bd. 1 S. 356 Nr. 3 a. E.; Entsch. des preuß. O. Tr. Bd. 67 S. 205, Bd. 68 S. 55.) Urtheil des Reichsgerichts vom 1. Juli 1882. — R. A. 1882, bes. Beil. Nr. 10 S. 4. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 187 S. 240. 241.

5. **Das durch ein Urtheil anerkannte subjektive Recht einer Partei ist keine Rechtsnorm im Sinne des § 512 der R. C. P. O., da hierunter nur das objektive Recht, nämlich der Kreis der Rechtsvorschriften, zu verstehen ist.** (B. O. L. 21. III. 82.) S. IX. (183.) 562.

6. **Anfechtung der Auslegung einer Police-Bedingung wegen Rechtsirrthums.** (R. G. 23. VI. 80.) R. C. II. (32.) 123 ff.

Digitized by Google

7. **Statuten von Gesellschaften** können selbst bei landesherrlicher Bestätigung nicht die Geltung einer Rechtsnorm beanspruchen. Die Rüge ihrer unrichtigen Auffassung ist daher nicht zur Begründung einer weiteren Beschwerde geeignet. Beschluß des Kammer-Ger. v. 4/7. 81. Johow II. 10.

8. **Die Frage nach dem Inhalt des Vertragswillens ist Thatfrage. Steht dieser Inhalt fest, so ist die Frage nach der rechtlichen Natur des Vertrags Rechtsfrage.** Es kann im einzelnen Fall zweifelhaft sein, ob der Richter den Inhalt des Vertragswillens hat feststellen, oder ob er von dem feststehenden Vertragswillen ausgehend, hat deduziren wollen, welche rechtliche Natur der Vertrag habe. Urtheil des Reichsgerichts vom 17. November 1880. Fenner u. Mecke, Archiv Bd. 2 S. 138. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 311 S. 484.

9. **Die Entscheidung, ob ein im Korrespondenzwege abgeschlossener Vertrag einen Lieferungsvertrag oder eine Einkaufskommission enthalte, kann mit der Revision angefochten werden,** denn die Frage, ob das eine oder andere der Fall ist, ist nicht eine thatsächliche Feststellung, an welche das Revisionsgericht nach § 524 C. P. O. gebunden wäre, sondern eine rechtliche Beurtheilung, welche der Nachprüfung des Revisionsgerichts nach §§ 511. 512 C. P. O. unterliegt. Ob die in den Briefen enthaltenen Willenserklärungen der Parteien einen Kaufvertrag, ein Kommissionsgeschäft oder ein sonstiges Rechtsgeschäft darstellen, ist ein der Revision unterliegendes Urtheil, welches in einer Anwendung der Rechtsnormen über die begrifflichen Merkmale der in Frage stehenden Rechtsgeschäfte auf die festgestellten Willenserklärungen besteht. (R. G. 5. I. 81.) R. C. III. (33.) 110.

10. **Die Beurtheilung des Vorhandenseins eines Verschuldens fällt in das Gebiet der Rechtsfrage.** (Seuffert's Kommentar zur Civilprozeßordnung II. Aufl. zu § 512; Wilmowsky, II. Aufl. Anm. 4 zu § 511.) — (B. O. L. 3. XI. 84 in S. X. (208.) 549 u. B. O. L. 20. XI. 84 in S. X. (218.) 567.) — (B. O. L. 21. XI. 84.) S. X. (219.) 572.

11. **Revisibilität in Ehesachen.** Nach protestantischem Eherechte enthalten Sävitien des einen Ehegatten gegen den anderen einen Grund zur Trennung der Ehe vom Bande, hierzu sind aber nur solche Mißhandlungen geeignet, welche das Leben oder doch die Gesundheit des Ehegatten gefährdeten. Ob und inwieweit solche Sävitien als vorhanden anzunehmen sind, inwiefern insbesondere aus den stattgehabten Mißhandlungen zu folgern sei, daß solche einen bleibenden Nachtheil für die Gesundheit des mißhandelten Ehegatten herbeigeführt haben oder doch erfahrungsgemäß herbeiführen konnten oder mußten, ist an sich eine Thatfrage. **In welcher Weise jedoch die vom Berufungsgerichte festgestellten Thatsachen rechtlich zu qualifiziren sind, unterliegt der Nachprüfung und Würdigung des Revisionsgerichtes.** (Vgl. Entsch. des R. G.'s (8. XI. 81.) Bd. 6 Nr. 37 S. 149. (R. G. 13. II. 83.) Bd. 8 Nr. 40 S. 159. S. hierüber bei § 524.) (R. G. 29. V. 83.) R. C. XI. (110.) 413.

12. **Die Beantwortung der Frage, ob eine letztwillige Verordnung eine Erbeinsetzung enthält,** ist keine reine Thatfrage, sondern sie stellt sich, da die Einsetzung eines Erben ein Rechtsgeschäft bildet, als eine aus thatsächlichen Prämissen abgeleitete rechtliche Schlußfolgerung dar. Hieraus

Digitized by Google

folgt aber, daß das Revisionsgericht berechtigt und verpflichtet ist, zu prüfen, ob die Rechtsnormen über die begrifflichen Merkmale des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts auf die festgestellten Thatsachen richtig angewendet worden sind. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 28. April 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 74 S. 113.

13. **Begrenzung der Zulässigkeit der Revision gegen Auslegung eines Urtheils.** Die Erforschung des Sinns eines Urtheiles steht nicht auf gleicher Stufe mit der Ermittelung der bei Vornahme von Rechtsgeschäften bestimmend gewesenen Absicht der Kontrahenten, und ist dieselbe dem Revisionsrichter nicht prinzipiell und unter allen Umständen entzogen; allein diese Nachprüfung kann demselben nach den die Revision beherrschenden Grundsätzen nur dann zustehen, wenn der Vorderrichter das Urtheil aus sich selbst ausgelegt, hierbei aber in der Beurtheilung rechtlicher Gesichtspunkte geirrt und mit dem Gesetz nicht übereinstimmende Konsequenzen aus demselben gezogen hat. Wenn aber klar ersichtlich ist, daß das Urtheil nicht in seiner rechtlichen Bedeutung ausgelegt wurde, sondern daß der Richter bei der Interpretation des Urtheilsinhalts und um die Grenzen der in diesem Urtheil einer Partei zuerkannten Berechtigung präziser zu bezeichnen, eine nochmalige Prüfung des demselben zu Grunde liegenden Beweismaterials vorgenommen und hierauf seine Entscheidung gestützt hat, so hat er nur mit thatsächlichen Verhältnissen gerechnet, und liegt dann auch nur eine Thatfrage vor, welche der Nachprüfung des Revisionsrichters entrückt ist. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 14. Februar 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 265 S. 373. 374.

14. Die vom Berufungsrichter getroffene **Auslegung des Inhalts eines Zwischenurtheils,** namentlich betreffs der Frage, wozu Gegenstände zugeschlagen sind, ist für den Revisionsrichter bindend. Entsch. des R. G. v. 23/2. 81.

15. **Fehlen des Thatbestandes im Urtheil als Revisionsgrund.** Da nach § 511 der C. P. O. die Revision nur darauf gestützt werden kann, daß die Entscheidung auf Verletzung eines Reichsgesetzes ꝛc. beruhe, und der Mangel des Thatbestandes nicht zu denjenigen Fällen gehört, in welchen nach § 513 die Entscheidung stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen ist, so muß ein Zusammenhang zwischen jenem Mangel und der angefochtenen Entscheidung des Berufungsgerichts vorhanden sein. Urtheil des Reichsgerichts vom 4. Mai 1880. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 85 S. 120.

16. **Widerspruch zwischen Thatbestand und Entscheidungsgründen** bildet einen Revisionsgrund. Entsch. des R. G. vom 4/5. 81.

17. **Die Revision ist zulässig gegen die seitens des Berufungsgerichtes einer Urkunde gegebene Auslegung, welche auf Nichtanwendung oder unrichtiger Anwendung einer der Revision an sich zugänglichen Rechtsnorm beruht.** In der Civilprozeßordnung ist (in Uebereinstimmung mit dem am 29. September 1874 dem Reichstage vorgelegten Civilprozeßordnungsentwurfe) der (in den §§ 479 und 495 des in dem Jahre 1872 verfaßten Entwurfes einer Civilprozeßordnung normirte) Grundsatz nicht ausgesprochen, daß das Rechtsmittel der Revision nicht nur auf der Rüge einer der angegriffenen Entscheidung zu Grunde liegenden Gesetzesverletzung, sondern

Digitized by Google

auch auf die Rüge einer entscheidungsfundamentalen unrichtigen Auslegung von Urkunden über ein Rechtsgeschäft gestützt werden könne, und daß letzterenfalls das Revisionsgericht, wenn die Sache sonst zur Endentscheidung reif sei, auf Grund der von ihm für richtig erachteten Urkundsbedeutung in der Sache selbst zu erkennen, entgegengesetzten Falls über die Sache an den (durch die Urkundsinterpretation des Revisionsgerichts gebundenen) Vorrichter zurückzuverweisen habe. In den §§ 511. 512 C. P. O. ist bestimmt, die Revision könne nur darauf gestützt werden, daß die angegriffene Entscheidung auf Nichtanwendung oder unrichtiger Anwendung einer Rechtsnorm beruhe, welche sich aus den Reichsgesetzen oder solchen sonstigen Gesetzen ergebe, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstrecke. **Der Ausdruck „Gesetz" in diesem Grundsatz bedeutet jede Quelle objektiven Rechts.** Nach § 6 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung ist jener Grundsatz dahin modifizirt, daß (mit Zustimmung des Bundesraths) durch Kaiserliche Verordnung, welche dem Reichstage bei dessen (nach dem Erlaß einer solchen Verordnung) nächstem Zusammentreten zur Genehmigung vorzulegen sind und, im Fall der Genehmigung, nur durch Reichsgesetz abgeändert oder aufgehoben werden können, bestimmt werden dürfe: 1) daß die Verletzung von Gesetzen, obgleich sich deren Geltungsbereich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstrecke, die Revision nicht begründe; 2) daß die Verletzung von Gesetzen, obgleich deren Geltungsbereich sich nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstrecke, die Revision begründe. Verfehlt wäre es indessen, aus der Fassung der vorangeführten Bestimmungen der Civilprozeßordnung in Verknüpfung mit der Abweichung derselben von der oben angegebenen Fassung des Entwurfes vom Jahre 1872 zu folgern, daß nach dem gegenwärtigen Civilprozeßrecht das Rechtsmittel der Revision einen für den Revidenten günstigen Erfolg bei keinem Berufungsurtheil erzielen könnte, welches beruhe auf der Annahme eines bestimmten Sinnes einer ausgelegten Urkunde über ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsakt. **Nach den Bestimmungen der jetzt geltenden Civilprozeßgesetze muß vielmehr der Revisionsangriff durchgreifen, wenn 1) die Urkundenauslegung des Berufungsgerichts nicht eine auf nur faktischen Erwägungen beruhende, rein thatsächliche Feststellung enthält, sondern durch juristische Reflexionen beherrscht wird, welche zur Nichtanwendung oder unrichtigen Anwendung einer** (in den durch die §§ 511. 512 C. P. O. gekennzeichneten, nicht unter die Ausnahmebestimmung der Ziff. 1 des § 6 des oben herangezogenen Einführungsgesetzes fallenden, oder in den unter Ziff. 2 des letztgenannten § 6 berührten objektiven Rechtsquellen, sei es ausdrücklich ausgesprochenen, sei es durch deren Geist gebotenen) **Rechtsnorm geführt hat; 2) das angegriffene Urtheil selbst nicht im Sinne des § 526 C. P. O. aus anderen Gründen sich als richtig darstellt.** Nirgendwie wird eine sichere Grundlage für den Schluß auf die Thätigung einer rein thatsächlichen Feststellung seitens des Berufungsgerichts dadurch gegeben, daß dieses Gericht zu der Annahme der Bedeutung der als Prozeßstoff vorliegenden Urkunde durch Reflexionen über die in derselben gebrauchten Ausdrücke und ihre Gliederung gelangt ist. Es kann vielmehr auch dann (bei genauer Analyse des angegriffenen Berufungsurtheils) sich ergeben, daß (obwohl solches, etwa wegen kurzer Gründefassung, nicht auf den ersten

Digitized by Google

Anblick in das Auge sprang) doch seitens des Berufungsgerichts in Wirklichkeit bei der Auslegung ein Schluß gethätigt ist, in welchem zwei Momente sich verknüpfen, nämlich 1) die Fixirung eines Obersatzes, bestehend in einer dahingehenden Rechtsnorm, daß Willenserklärungen, welche so gethätigt seien, wie die vorliegend beurkundeten, ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsakt von bestimmter juristischer Individualität, beziehungsweise ein besonderes Moment eines solchen Rechtsgeschäftes oder Rechtsaktes von bestimmter Rechtsnatur und Wirkung konstituirten; 2) das (durch Subsumtion der einzelnen zu interpretirenden Urkunde unter jenen Obersatz gewonnene) Ergebniß, daß in dem Urkundsinhalte alle wesentlichen Merkmale des in dem Obersatz normirten objektiv rechtlichen Thatbestandes reell enthalten seien. In einem solchen Falle ist die nur auf einer solchen Operation beruhende Entscheidung in der begründeten Weise hinfällig, wenn der von dem Berufungsgericht angenommene Obersatz dem Geiste derjenigen objektiven Rechtsquellen widerspricht, deren Verletzung einen Revisionsgrund herstellt. Besonders häufig werden Fälle der gekennzeichneten Art in das Dasein treten bei **Rechtsstreitigkeiten, in denen es auf die Bedeutung allgemeiner Bedingungen ankommt, welche von Gesellschaften, deren Zweck das kontinuirliche Eingehen einer Gattung von Rechtsgeschäften ist, im Voraus für alle diese Geschäfte abgefaßt und an sich bestimmt sind, gewissen objektiv rechtlichen Thatbeständen zu entsprechen.** Die Anwendung der entwickelten Grundsätze wird an und für sich noch nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Berufungsgericht (bei seiner Reflexion zum Zweck der Feststellung des Sinnes der auszulegenden Urkunde) Gesichtspunkte heranzieht, welche aus vermeintlicher Kenntniß der Wissenschaften, der Geschichte oder der Lebensverhältnisse entnommen sind; denn solche Mittel der Belebung und Vertiefung des Nachdenkens dienen auch zum richtigen Erfassen des Wesens von Rechtsnormen. Ja es ist nicht unbedingt ausgeschlossen, daß jene Grundsätze Platz greifen, wenn bei der Feststellung der Urkundsbedeutung auf festgestellte thatsächliche Ergebnisse einer Beweisaufnahme oder des prozessualen Parteiverhaltens gerücksichtigt ist. Auch diese können, obwohl sie für sich richtig, beziehungsweise für sich von dem Revisionsgericht nicht nachprüfbar sein mögen, zur Feststellung des bei der Auslegung verwertheten unrichtigen objektiv rechtlichen Obersatzes geführt haben, zum Beispiel, wenn mündliche rechtsgeschäftliche Erklärungen, welche sich mit den urkundlich fixirten als Verkörperung eines Rechtsgeschäftes zusammengliedern, in dieser Verknüpfung (untrennbar mit der Urkunde), als die wesentlichen Merkmale des objektiv rechtlichen Thatbestandes eines bestimmten Rechtsgeschäftes enthaltend, erachtet sind. Diese Grundsätze liegen bereits ersichtlich der von dem III. Civilsenat des Reichsgerichts gefällten Entscheidung (Bd. 1 Nr. 123 S. 340) zu Grunde. (R. G. 12. I. 81.) R. C. III. (125.) 425—429. A. III. (59.) 217—219. (R. C. VI. (127.) 412. 413. R. C. III. (33.) 110. S. auch noch R. G. 8. III. 84 in R. C. XII. (5.) 28 u. R. G. 27. II. 84 in R. C. XIII. (24.) 89; ferner R. G. 13. II. 86 in R. C. XV. (90.) 147. 148).

18. **Inwiefern die Auslegung einer Urkunde Revisionsgrund ist** (R. G. 23. IV. 80); hierüber s. einen Fall R. C. I. (123.) 338. (R. C. III. (125.) 428.)

Digitized by Google

19. **Für die Auslegung von Urkunden gibt es Rechtsnormen, bei deren Nicht- bezw. unrichtiger Anwendung diese der Anfechtung im Wege der Revision unterliegt.** Bei einem zweifelhaften Wortsinne ist nämlich der wirkliche Sinn, welchen die Betheiligten mit demselben verbunden haben, womöglich zu ermitteln und zwar mit Rücksicht auf die Gesammtheit der in Betracht kommenden Umstände, sowie auf den Werth des Resultates und auf den übrigen unzweifelhaften Inhalt der Erklärung. Ferner sind zweifelhafte Rechtsgeschäfte so auszulegen, daß der Erklärung womöglich ein vernünftiger, nicht aber ein unmöglicher oder erfolgloser Zweck beigelegt wird, und daß das Rechtsgeschäft thunlichst aufrecht erhalten werden kann, wobei mehr auf die erweisliche Absicht, als auf den Wortlaut und buchstäblichen Sinn zu sehen ist. (R. G. 15. V. 80.) R. C. II. (103.) 379—381. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 164 S. 243. 244.

20. **Wenn der Berufungsrichter aus rechtsirrthümlichen Erwägungen den Beweisantritt einer Partei für unerheblich erklärt und zurückgewiesen hat, so liegt ein Revisionsgrund vor.** (R. G. 4. III. 81.) R. C. IV. (6.) 25.

21. **Es liegt kein Revisionsgrund darin, daß der Berufungsrichter die Vernehmung eines Zeugen um deßwillen ablehnt, weil er sich auf Grund vorgelegter geschäftlicher Korrespondenzen dieses Zeugen von dem Gegentheil der zu bezeugenden Thatsache überzeugt hält.** (R. G. 6. IV. 81.) R. C. IV. (23.) 86.

22. Es bildet keinen Revisionsgrund, **wenn das Berufungsgericht einen in I. Instanz selbst vernommenen und für unglaubwürdig erachteten Zeugen durch einen ersuchten Richter abhören läßt und ihn für glaubwürdig erachtet.** Entsch. des R. G. v. 28/12. 81.

S. hierüber noch bei § 511.

§ 513. **§ 513.**

Eine Entscheidung ist stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen:

1. wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war;
   § 280. § 542 Nr. 1. G. V. G. §§ 2—5, 10, 109—114, 127, 22, 77, 124, 139, 140, 194.
2. wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, welcher von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen war, sofern nicht dieses Hinderniß mittels eines Ablehnungsgesuches ohne Erfolg geltend gemacht ist;
   §§ 42—46, 542 Nr. 2.
3. wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, obgleich derselbe wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt und das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt war;
   § 542 Nr. 3.
4. wenn das Gericht seine Zuständigkeit oder Unzuständigkeit mit Unrecht angenommen hat;
   § 528 Nr. 2. G. V. G. §§ 70, 71, 101, 108, 123.
5. wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat;
   § 247 Nr. 6, § 542 Nr. 4 § 867 Nr. 3.
6. wenn die Entscheidung auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei welcher die Vorschriften über die Oeffentlichkeit des Verfahrens verletzt sind;
   § 145 Nr. 5. G. V. G. §§ 170—176.
7. wenn die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist.
   § 284.

Digitized by Google

1. Ziff. 1. **Die Zusammensetzung des Richterkollegiums kann im Prozeßwege nicht angefochten werden.** Darüber zu befinden, ist Sache der Geschäftsleitung und mit dieser dem Ermessen des Vorsitzenden anheimgegeben, welches sich der Natur der Sache nach der Nachprüfung im Prozeßwege entzieht und dieser vom Gesetz auch nirgends unterworfen worden ist. Beschluß des Reichsgerichts vom 31. März 1886 III. 29/86. Bl. f. Rechtspfl. in Thüringen ꝛc. Bd. 33 S. 356 ff. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 146 S. 210. 211.

2. Ziff. 6. **In der Nichtausschließung der Oeffentlichkeit liegt, wenn das Gesetz die Ausschließung der Oeffentlichkeit anordnet, ein Revisionsgrund.** Die Bestimmung des § 513 Ziff. 6 greift nicht bloß dann Platz, wenn die Oeffentlichkeit unter Verletzung prozeßgesetzlicher Normen ausgeschlossen worden ist. Sie muß auch in dem Falle angewendet werden, wenn eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, bei welcher die Oeffentlichkeit nach Vorschrift des Gesetzes ausgeschlossen werden mußte, aber nicht ausgeschlossen ist. Denn sie soll nicht bloß eine Gewähr der Oeffentlichkeit des Verfahrens in dem Falle sein, in denen die Oeffentlichkeit des Verfahrens nach Vorschrift des Gesetzes einzutreten hat. Sie soll auch den Parteien gegen nachtheilige Einwirkungen der Oeffentlichkeit in den Fällen wirksamen Schutz geben, in denen das Gesetz die Oeffentlichkeit ausgeschlossen wissen will. Ein Verstoß gegen die Vorschriften über die Oeffentlichkeit des Verfahrens aber stellt sich, wenn er bei einer mündlichen Verhandlung vorgekommen ist, auf Grund deren das Gericht das mit der Revision angefochtene Urtheil gesprochen hat, nach § 513 C. P. O. in allen Fällen, ohne Rücksicht darauf, ob die Rechtsnormenverletzung für die getroffene Entscheidung nachweisbar kausal gewesen ist, als Revisionsgrund dar. (R. G. 27. V. 86.) R. C. XVI. (97.) 393—395.

3. **Die Vorschrift des § 513 Nr. 6 der R. C. P. O.,** daß eine Entscheidung stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend angesehen werden soll, wenn dieselbe auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei welcher die Vorschriften über die Oeffentlichkeit des Verfahrens verletzt sind, **bezieht sich** zwar **zunächst nur auf die Berufungsurtheile und auf das Verfahren in der Revisionsinstanz.** Es läßt sich jedoch nicht annehmen, daß der Gesetzgeber für die Beurtheilung der im § 513 cit. gedachten unbedingten Revisionsgründe andere Rechtsnormen bei dem Berufungsrichter, als bei dem Revisionsrichter hat aufstellen wollen. Wenn deßhalb ein Urtheil erster Instanz mit derartigen Mängeln behaftet ist und dennoch der Berufungsrichter seine bestätigende Entscheidung auf jenes Urtheil stützt, so steht dieselbe mit der Gesetzesverletzung in ursächlichem Zusammenhang und unterliegt mithin der Aufhebung gemäß §§ 511, 512 der R. C. P. O. — (R. G. 4. XII. 83.) A. IX. (55.) 271. 272.

4. **Die Vernehmung des Entmündigten in öffentlicher Sitzung** (auf die Klage wegen Anfechtung der Entmündigung), **entgegen der Vorschrift im § 172 des G. V. G., ist Revisionsgrund aus § 513 Ziff. 6 der R. C. P. O.** — (R. G. 4. XII. 83.) A. IX. (55.) 271.

5. **Die Verletzung der Grundsätze der Oeffentlichkeit im landgerichtlichen Urtheil hat Nichtigkeit des auf ihm beruhenden Berufungsurtheils zur Folge.** Die Vorschrift des § 513 Nr. 6 der C. P. O., daß eine

Digitized by Google

Entscheidung stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend angesehen werden soll, wenn dieselbe auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei welcher die Vorschriften über die Oeffentlichkeit des Verfahrens verletzt sind, bezieht sich zwar zunächst nur auf die Ber.-Urtheile und auf das Verfahren in der Rev.-Instanz. Es läßt sich jedoch nicht annehmen, daß der Gesetzgeber für die Beurtheilung der im § 513 gedachten unbedingten Revisionsgründe andere Rechtsnormen bei dem Ber.-Richter als bei dem Rev.-Richter hat aufstellen wollen. Wenn deßhalb ein Urtheil 1. Instanz mit derartigen Mängeln behaftet ist, und dennoch der Ber.-Richter seine bestätigende Entscheidung auf jenes Urtheil stützt, so steht dieselbe mit der Gesetzesverletzung in ursächlichem Zusammenhang und unterliegt mithin der Aufhebung gemäß §§ 511. 512 der C. P. O. Urtheil des Reichsgerichts vom 4. Dezember 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 162 S. 233.

6. **Ziff. 7. Begriff und Tragweite der Bestimmung in § 513 Z. 7 C. P. O., daß es einen Revisionsgrund bildet, wenn die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist.** Wenn das Gesetz Entscheidungsgründe verlangt (§ 284 Ziff. 4, § 259 C. P. O.), so geschieht dies, theils um eine gewisse Garantie dafür zu schaffen, daß das Urtheil ein Werk reiflicher Erwägung sei und alles, was die Parteien vorgebracht, gewürdigt werde, theils auch deßhalb, weil nur aus den Entscheidungsgründen entnommen werden kann, ob und inwieweit die Entscheidung auf thatsächlichen oder rechtlichen Erwägungen beruhe, also der Revision zugänglich sei oder nicht. Nach diesen Zwecken des Gesetzes ist klar, daß die Gründe über alle, nach Maßgabe des Parteivorbringens sich darbietenden Streitpunkte sich verbreiten müssen und zwar der Art, daß kein Zweifel bleibt, ob eine thatsächliche Feststellung vorliege oder die Entscheidung auf Rechtsgründen beruhe. Es ist dies insbesondere auch für Auslegung der Bestimmung in § 513 Ziff. 7 C. P. O. von Bedeutung, welche es als Revisionsfall bezeichnet: „wenn die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist". **Mit diesen Worten will das Gesetz nicht etwa bloß Fälle bezeichnen, wo über die durch Klage oder Widerklage geltend gemachten Ansprüche** (§ 293 C. P. O.) **ganz oder theilweise ohne Angabe von Gründen erkannt ist; vielmehr ist sein Sinn ein weiterer und begreift namentlich auch Fälle, wo selbständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel (Klagebehauptungen, Einreden, Repliken 2c.) unberücksichtigt bleiben, ohne daß erkennbar wäre, ob dies absichtlich oder aus Versehen geschehen, und welche thatsächliche oder rechtliche Gründe den Richter dazu veranlaßten.** Es mag in dieser Beziehung nicht unerwähnt bleiben, daß die bayerische Prozeßordnung, aus deren Art. 388 Ziff. 4 besagte Worte (nach den Motiven) entlehnt sind, diese Fassung absichtlich wählte, um hiermit den vorbezeichneten Sinn auszudrücken. (R. G. 3. XII. 80.) (R. C. VIII. (94.) 342.) R. C. III. (109.) 389. 390. — A. III. (28.) 100. 101.

7. **Die Bestimmung unter Ziff. 7 des § 513 C. P. O. trifft nicht allein den gänzlichen Mangel von Entscheidungsgründen, sondern auch den Mangel von Gründen für die Nichtbeachtung selbständiger Angriffs- und Vertheidigungsmittel** (Klagebehauptungen, Einreden, Repliken 2c.). Das Gesetz fordert, daß die thatsächlichen oder rechtlichen Erwägungen, welche

Digitized by Google

den Richter zur Uebergehung einzelner Angriffs- und Vertheidigungsmittel veranlaßten, den rechtsuchenden Parteien erkennbar gemacht werden. Allerdings bedarf es nicht in allen Fällen der eingehenden Erörterung sämmtlicher Streitpunkte; je nach Lage der Sache genügt es vielmehr, wenn nur aus der Gesammtheit der Gründe sicher zu entnehmen ist, weßhalb einem bestimmtem Vorbringen Berücksichtigung versagt wurde. (R. G. 1. XI. 82.) R. C. VIII. (94.) 341. 342. (R. C. III. (109.) 342.)

8. **Klare Rechtssätze brauchen nicht näher begründet zu werden.** Urtheil des obersten Landgerichtes für Bayern vom 26. Juli 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 180 S. 233. 234.

9. Wegen unverständlicher Entscheidungsgründe ist die Revision zulässig. Entsch. des R. G. vom 5. XII. 81.

10. **Mangelhafte Urtheilsbegründung (§ 513 Nr. 7 C. P. O.) in einem nach nicht revisibeln Gesetze zu entscheidenden Streitfalle.** Bei den in § 513 a. a. O. aufgeführten Revisionsgründen handelt es sich um eine Urtheilsanfechtung aus dem im § 516 Abs. 2 Ziff. 2 C. P. O. bezeichneten Gesichtspunkte, um Verletzung des Gesetzes in Bezug auf das Verfahren. Die im § 513 a. a. O. erwähnten Verstöße wider Prozeßgesetze sollen die Aufhebung des Urtheiles unbedingt, „stets", nach sich ziehen. In allen diesen Fällen ist der sachliche Inhalt des Urtheiles überhaupt nicht zu prüfen, sowenig als die Frage, ob der prozessuale Mangel den Urtheilsinhalt wirklich beeinflußt. Das Gesetz unterstellt, daß das Urtheil mit der Verletzung der Prozeßvorschrift ursachlich zusammenhängt. Findet sich die Verletzung vor, so erledigt sich jede weitere rechtliche Würdigung der Sache. (R. G. 1. XI. 82.) R. C. VIII. (94.) 342.

11. **Aufhebung eines Berufungsurtheiles wegen Mangels an Begründung bei vorhandenem Widerspruche eines thatsächlichen Entscheidungsgrundes mit den im Thatbestande angezogenen Urkunden.** (R. G. 29. IX. 82.) R. C. VIII. (90.) 335 bezw. (3.) 7.

12. **Wenn sich bezüglich des Erfüllungsortes einfach auf „die Natur der Sache und den vermuthlichen Willen der Kontrahenten" bezogen wird,** so kann hierin ein Verstoß gegen § 513 Nr. 7 C. P. O. nicht gefunden werden. (R. G. 10. V. 84.) R. C. XII. (8.) 35.

13. **Mangel einer Urtheilsbegründung durch bloße Verneinung der Parteibehauptung, daß ein Bau lediglich aus Chikane aufgeführt worden sei, ohne Würdigung der ihr beigefügten einzelnen Unterstützungsbehelfe.** (B. O. L. 18. XII. 84.) S. X. (232.) 619.

14. **Die Nichterwähnung der in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgerichte gestellten Anträge im Thatbestande des Berufungsurtheils,** gehört nicht zu denjenigen, welche nach § 513 C. P. O. stets bewirken, daß die Entscheidung als auf einer Gesetzesverletzung beruhend erscheint, und beruht die Entscheidung dann nicht auf diesem Verstoße, wenn die gestellten Anträge aus dem Protokolle ersichtlich sind. (R. G. 16. III. 81.) R. C. IV. (123.) 428. 429. A. III. (119.) 425. (R. C. III. (127.) 433)

15. **Revision wegen mangelnder Begründung in Betreff der Beweisfrage.** (R. G. 29. III. 81.) R. C. V. (99.) 367. 373. (R. G. 10. V. 81.) (R. C. IV. (60.) 212.)

Digitized by Google

16. **Eine vom Richter ausgesprochene Ansicht über ausländisches Recht muß mit Gründen versehen sein.** (R. G. 16. VI. 82.) A. VI. (7.) 104.

17. Das Berufungsurtheil im Sinne des § 513 Nr. 7 C. P. O. ist mit Gründen versehen, **wenn der Berufungsrichter lediglich auf die Gründe des Urtheils erster Instanz Bezug nimmt.** Es kann unerörtert bleiben, ob ein solcher auf das geringst mögliche Maß beschränkte Inhalt des Urtheiles im übrigen empfehlenswerth ist; eine Gesetzesverletzung ist dadurch nicht begangen. Die preußische Verordnung über die Nichtigkeitsbeschwerde vom 14. Dezember 1833 stellt in § 5 Nr. 9 dem gänzlichen Mangel aller Entscheidungsgründe die bloße Bezugnahme des Appellationsrichters auf die Gründe des ersten Urtheiles ganz gleich. Es ist auch die Meinung ausgesprochen, daß dasselbe nach der Civilprozeßordnung gelte. Dies kann aber nicht angenommen werden. In den Ländern gemeinen Rechts war eine solche allgemeine Bezugnahme auf die Gründe der vorinstanzlichen Urtheile zugelassen und in Uebung; es ist auch nicht ersichtlich, daß die Absicht dahin gegangen sei, durch den § 513 Nr. 7 C. P. O. jene Uebung zu reprobiren. Unter der Voraussetzung, daß die Gründe des angefochtenen Urtheils im vollen Umfange und ohne jede Ausnahme adoptirt werden, und daß der Prozeßstoff in der höheren Instanz genau derselbe ist, wie in der früheren Instanz, ist auch nicht abzusehen, warum eine Bezugnahme auf die Gründe der vorigen Instanz mit § 513 Nr. 7 im Widerspruche stehen sollte. Die in Bezug genommenen Gründe der vorigen Instanz sind auch die Gründe der höheren Instanz; die Entscheidung der letzteren ist also mit Gründen versehen. Das gänzliche Verbot einer solchen Bezugnahme würde auch zu einem zwecklosen Formalismus führen und den höheren Richter nöthigen, noch einmal ganz dasselbe auszuführen, was der vorige Richter bereits zutreffend ausgeführt hat. Anders würde die Sache liegen, wenn in der höheren Instanz auch nur ein einziges neues Moment vorgebracht wäre, welches der Beurtheilung des vorigen Richters noch nicht unterlegen hat. Dann müßte der höhere Richter mindestens neben der Bezugnahme auf die Gründe der vorigen Instanz noch seine Beurtheilung des neuen Vorbringens begründen, um nicht der Vorschrift im § 513 Nr. 7 zu verfallen. Auch würde eine früher vielfach übliche Bezugnahme des höheren Richters auf die „im Wesentlichen zutreffenden" Gründe der vorigen Instanz dem § 513 Nr. 7 nicht entsprechen, da dann Zweifel darüber entstehen können, welche Gründe der vorigen Instanz der höhere Richter als die wesentlichen angesehen und adoptirt hat, und ob nicht bezüglich der von ihm nicht für wesentlich gehaltenen Gründe der vorigen Instanz Lücken in den Gründen der höheren Instanz anzunehmen seien, welche auf die Anwendung des § 513 Nr. 7 führten. (R. G. 12. II. 81.) R. C. III. (127.) 433. 434. A. III. (91.) 327. 328.

18. Betreffs der weiteren Beschwerde cf. Beschluß des Kammer-Ger. vom 31. VIII. 80. Johow I. 9.

2. Einlegung.

§ 514. **§ 514.**

Die Revisionsfrist beträgt einen Monat; sie ist eine Nothfrist und beginnt mit der Zustellung des Urtheils.

Digitized by Google

Die Revision kann gleichzeitig mit der Zustellung des Urtheils eingelegt werden. Die Einlegung vor Zustellung des Urtheils ist wirkungslos.

§ 477.

1. **Abs. 1. Für eine den Beginn einer Nothfrist nach sich ziehende Zustellung kann die Uebergabe des zuzustellenden Schriftstückes nicht ersetzt werden durch die Vereinbarung der Parteien, daß die Uebergabe als geschehen gelten solle.** (R. G. 30. X. 85.) S. hierüber bei § 477 ad R. C. XV. (98.) 375.

2. **Abs. 2. Es entspricht der Bedeutung der Rechtsmittelfrist im Sinne der Civilprozeßordnung, daß es objektiv von vornherein feststehen muß, ob sie und zwar regelmäßig gleichmäßig gegen beide Parteien, in Bewegung gesetzt ist, oder nicht, und daß die Annahme der Möglichkeit einer Ungewißheit in dieser Beziehung ausgeschlossen ist.** (R. G. 12. V. 83.) R. C. X. (124.) 402.

3. **Der Schlußsatz des Abs. 2 des § 514 bezieht sich** wie dieser Absatz überhaupt **nur auf den Fall der Zustellung des Urtheiles durch die Partei.** (R. G. 21. VI. 82.) R. C. VII. (111.) 364. A. VI. (35.) 235. S. auch Entsch. des oberst. L. G. f. Bayern vom 19. Februar 1883 in S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 349 S. 464.

4. **Wenn der Anwalt zweiter Instanz nach Verkündigung, jedoch vor Zustellung des Berufungsurtheiles, die Anwaltschaft niedergelegt hat, so kann die Zustellung dieses Urtheiles nicht an den Anwalt erster Instanz mit der Wirkung, daß sie den Lauf der Revisionsfrist eröffnet, geschehen.** (R. G. 21. II. 83.) S. hierüber bei § 164 ad R. C. X. (104.) 347. A. VII. (147.) 478.

5. **S. hierüber bei § 477 ad R. C. I. (155.) 429—431.**

§ 515.

§ 515.

Die Einlegung der Revision erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muß enthalten:

1. die Bezeichnung des Urtheils, gegen welches die Revision gerichtet wird;
2. die Erklärung, daß gegen dieses Urtheil die Revision eingelegt werde;
3. die Ladung des Revisionsbeklagten vor das Revisionsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Revision.

§ 479.

1. **Die Annehmbarkeit der Revision ist nicht dadurch bedingt, daß die Parteien in der Revisionsschrift nach Namen genannt sind.** Allerdings finden nach § 515 C. P. O. die allgemeinen Bestimmungen über vorbereitende Schriftsätze auch auf die Revisionsschrift Anwendung. Allein die Vorschrift des § 121 Nr. 1 C. P. O., wonach die vorbereitenden Schriftsätze enthalten sollen „die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort" . . ., ist, wie aus dem Worte „sollen" hervorgeht, nur instruktioneller Natur. (R. G. 10. XII. 81.) R. C. VI. (103.) 349.

2. **Die Mitunterzeichnung einer Revision seitens des Berufungsanwaltes außer dem Reichsgerichtsanwalt ist unschädlich.** (§ 101 der Rechtsanwaltsordnung.) (R. G. 30. IV. 81.) R. C. IV. (120.) 418 ff. A. III. (178.) 630 ff.

3. **Ziff. 3.** Nach der in § 515 Ziff. 3 C. P. O. enthaltenen Vorschrift, wonach die Revisionsschrift enthalten muß „die Ladung des Revisionsbeklagten vor das Revisionsgericht zur mündlichen Verhand-

Digitized by Google

lung über die Revision", **muß zwar diese Ladung in dem Schriftsatz ausgedrückt sein, allein es ist nicht wesentlich, daß gerade die in § 515 enthaltenen Worte gebraucht werden** (vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civils. Bd. 2 S. 398). (R. G. 18. I. 81.) R. C. III. (110.) 391. 392.

4. **Die Annehmbarkeit der Revision ist dadurch bedingt, daß bei der Ladung selbst das Revisionsgericht angegeben ist.** Zu den unter dem Präjudiz der Nichtigkeit gegebenen Vorschriften gehört die Bestimmung des § 515 Nr. 3 C. P. O., daß die Revisionsschrift die Ladung des Revisionsbelagten „vor das Revisionsgericht" enthalten müsse. (Enthält eine Revisionsschrift nur die Ladung „zur mündlichen Verhandlung über die Revision" ohne Bezeichnung des Gerichtes, vor welches geladen wird, so wird dieser Mangel dadurch ergänzt, daß die Revisionsschrift die durch den Vorsitzenden des betreffenden Senates des Reichsgerichtes unterschriebene Bestimmung des „Termines zur mündlichen Verhandlung über die Revision vor dem X. Civilsenat" enthält und in dieser Form dem Revisionsbeklagten zugestellt ist.) (R. G. 10. XII. 81.) R. C. VI. (103.) 349. 350.

5. **Eine ohne vorgängige Ansetzung des Termines erfolgte Ladung (§§ 230. 305. 479. 515 C. P. O.) macht die Sache in der Instanz nicht anhängig.** (R. G. 13. VII. 83.) S. bei § 479 Abs. 3 ad R. C. IX. (113.) 388. 389.

6. **Wenn sich die Terminsansetzung wohl in der Urschrift, nicht aber in der zugestellten beglaubigten Abschrift des Schriftstückes findet, so ist dieser Mangel nicht von Amtswegen zu berücksichtigen.** (R. G. 13. VII. 83.) S. hierüber § 479 Ziff. 3 ad R. C. IX. (113.) 388. 389.

§ 516. **§ 516.**

Die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze finden auch auf die Revisionsschrift Anwendung.

Als vorbereitender Schriftsatz soll die Revisionsschrift insbesondere die Erklärung, inwieweit das Urtheil angefochten und dessen Aufhebung beantragt werde (Revisionsanträge), und zur Begründung der Revisionsanträge enthalten:

1. insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet sei, die Bezeichnung der Rechtsnorm;
2. insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß das Gesetz in Bezug auf das Verfahren verletzt sei, die Bezeichnung der Thatsachen, welche den Mangel ergeben;

§ 521.

3. insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß unter Verletzung des Gesetzes Thatsachen festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen seien, die Bezeichnung dieser Thatsachen.

In der Revisionsschrift soll ferner der Werth des nicht in einer bestimmten Geldsumme bestehenden Beschwerdegegenstandes angegeben werden, wenn die Zulässigkeit der Revision von diesem Werthe abhängt.

E. G. §§ 7. 8. — § 480.

1. **Abs. 1 u. 2.** Die an die Nothfrist gebundene Einlegung der Revision erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes, welcher das angegriffene Urtheil bezeichnen, die Einlegung der Revision erklären und die Ladung enthalten muß (§§ 514. 515). Durch eine Schrift, welche in einem oder dem anderen Punkte dieses wesentlichen Inhaltes entbehrt, kann daher die Einlegung der Revision nicht erfolgen, selbst wenn der Mangel später nach Ablauf der Frist ergänzt worden sein sollte. Anderer-

Digitized by Google

seits bedarf es aber weiterer Angaben in der Einlegungsschrift nicht, um diese für formell statthaft und zur Wahrung der Frist ausreichend erscheinen zu lassen, vielmehr hat sie bezüglich ihres übrigen Inhalts nur die Natur eines vorbereitenden Schriftsatzes, durch dessen Inhalt **die Partei rücksichtlich ihrer Erklärungen in der mündlichen Verhandlung, insonderheit also ihrer Revisionsanträge nicht gebunden** erscheint (§ 516). — (R. G. 2. II. 83.) A. VII. (90.) 284. 285.

2. Die Erklärung darüber, **„inwieweit das Urtheil angefochten und dessen Aufhebung beantragt werde"** (Revisionsantrag) ist nicht ein vom Gesetze imperativ geforderter Inhalt der Revisionsschrift, die bezügliche Bestimmung des § 516 a. a. O. „soll enthalten" vielmehr nur instruktioneller Natur. **Insoweit es sich um jene Erklärung handelt, hat die Revisionsschrift den Charakter eines vorbereitenden Schriftsatzes, der die Partei nicht bindet, sodaß es dieser freisteht, später und noch bei der mündlichen Verhandlung ihre Anträge über den Inhalt der Revisionsschrift hinaus zu erweitern und auch auf andere Punkte zu erstrecken** (§§ 520. 521 a. a. O.) (Vgl. bezüglich der Berufungsinstanz, für welche die mit den §§ 515. 516 gleichlautenden §§ 449. 480 C. P. O. die Norm geben, Entsch. des R. G's in Civils. Bd. 8 S. 163. Uebereinstimmend für die Revision das Urtheil des III. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 2. Februar 1883 i. S. Schw. w. B. und Gen. Rep. 388/82.) **Die angeführte Regel erleidet eine Ausnahme, wenn im einzelnen Falle ein Verzicht auf die Erweiterung der Revisionsanträge vorliegt.** (R. G. 18. V. 86.) R. C. XVI. (83.) 345.

3. **Ziff. 3.** Da der Thatbestand rücksichtlich des mündlichen Vorbringens einen Beweis liefert, welcher nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden kann (§ 285), so **verletzt die Uebergehung einer Thatsache im Thatbestande nur dann das Gesetz, wenn dieselbe mit dem Sitzungsprotokolle im Widerspruche steht.** In allen anderen Fällen ist die Ergänzung im Wege des Berichtigungsverfahrens herbeizuführen (§ 291). (R. G. 27. II. 83.) R. C. IX. (108.) 366. 367.

§ 517.

§ 517.

In Betreff der Frist, welche zwischen der Zustellung der Revisionsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegen muß, finden die Vorschriften des § 234 entsprechende Anwendung.

E. G. §§ 7, 8. — § 481.

§ 518.

§ 518.

Der Revisionsbeklagte kann sich der Revision anschließen. Auf diese Anschließung finden die Vorschriften über die Anschließung des Berufungsbeklagten an die Berufung entsprechende Anwendung.

§§ 482, 483.

1. **Eine Revisionsanschließung kann noch in der Hauptverhandlung gültig erklärt werden. Dieselbe kann sich auch gegen einen mit der Revision nicht angegriffenen Punkt richten und ist von einem Vorhandensein der Revisionssumme auf Seite des abhärirenden Streitstheils unabhängig.** Nach den Motiven zu §§ 482 und 518 der Reichs-Civilprozeßordnung bringt die Berufung wie die Revision, da die Berufungs- und Revisionsschrift auch rücksichtlich der Anträge nur vorbereitend ist, den ganzen Rechtsstreit in die Berufungs- bezw. Revisionsinstanz. In Folge dessen kann

Digitized by Google

der Revisionsbeklagte sich der Revision des Revisionsklägers anschließen und zwar ohne das gemeinrechtliche Erforderniß der Konnexität der Anschlußbeschwerden mit denen des Revisionsklägers und auch rücksichtlich der Entscheidung des Kostenpunkts, für welchen allein die Revision ausgeschlossen wäre. Dieses Recht des Revisionsbeklagten kann Revisionskläger durch Beschränkung seiner Anträge auf einen Theil des Streitgegenstands nicht beeinträchtigen, zumal auch er an einer Erweiterung derselben nicht gehindert ist. Aus diesen in den Motiven niedergelegten Sätzen geht demnach klar hervor, daß die Anschließung für den ganzen Umfang des Urtheiles gestattet ist, und daß, wenn in demselben Urtheil über mehrere selbständige Ansprüche entschieden und Revision nur bezüglich der Entscheidung über den einen Ausspruch eingelegt ist, der Revisionsbeklagte wegen der Entscheidung über den anderen adhäriren kann. In diesem Sinne haben sich auch die Kommentare zur Civilprozeßordnung ausgesprochen, so insbesondere Dr. v. Sarwey S. 664 Ziff. 1, Dr. Seuffert S. 552, endlich Dr. Hellmann S. 400, Wilmowsky S. 634. S. noch bei § 508. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 1. Juni 1886. S. XI. (172. 440. 441.

2. Nach § 518 finden auf die Anschließung des Revisionsbeklagten an die Revision die Vorschriften über die Anschließung des Berufungsbeklagten an die Berufung entsprechende Anwendung (s. § 482 ad R. C. VII. (104.) 345). Zu dem, daß die Anschließung an das gegnerische Rechtsmittel nicht als selbständiges Rechtsmittel aufzufassen ist, tritt betreffs der Revision noch das weitere Argument hinzu, daß **die Zulässigkeit der Anschließung nicht durch das Vorhandensein der Revisionssumme auf Seiten des Anschließenden bedingt und dem Revisionsbeklagten im § 519 Abs. 2 die Begründung der Anschließung zur Pflicht gemacht ist.** (R. G. 24. VI. 82.) R. C. VII. (104.) 345. 346.

3. **Die Zulässigkeit der Rev.-Anschließung ist nicht bedingt durch das Vorhandensein der Rev.-Summe auf Seiten des adhärirenden Rev.-Beklagten.** Das Gesetz spricht sich zwar hierüber nicht eigens aus. Allein es ist dies schon aus der accessorischen Natur der Adhäsion und dem bei der Anschließung an Rechtsmittel geltenden allgemeinen Grundsatz zu folgern, daß solche zulässig ist unabhängig von dem Vorhandensein der für die selbständige Einlegung des Rechtsmittels geltenden formellen Voraussetzungen (Sarwey Komm. S. 702 Ziff. 1 Abs. 2). Aber auch aus § 482 Abs. 1 der C. P. O. muß solches gefolgert werden, woselbst ausgesprochen ist, daß der Ber.-Beklagte sich der Berufung anschließen kann, selbst wenn er auf die Berufung verzichtet hat oder wenn die Ber.-Frist verstrichen ist. Dieser Bestimmung liegt zweifellos der Satz zu Grunde, daß das Anschließungsrecht unabhängig sein soll von den formalen Voraussetzungen des gegnerischen Rechtsmittels. Zu den formalen Voraussetzungen der Revision gehört aber auch die Rev.-Summe, weßhalb dieselbe nicht Bedingung des Anschließungsrechts sein kann. Urtheil des obersten L. G. f. Bayern vom 26. Mai 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (250.) 378. 379.

4. **Eine Anschließung an eine innerhalb der Revisionsfrist vom Gegner erklärte Anschlußrevision ist zulässig,** wenn die letztere innerhalb der Revisionsfrist erhoben ist; dieselbe ist nach § 518. 483 C. P. O. als selb-

Digitized by Google

ständig eingelegte Revision zu betrachten, und bleibt im Falle der Verwerfung der Revision des Gegners als unzulässig bestehen. (R. G. 14. XII. 86.) R. C. XVII. (11.) 47.

5. **Die Anschließung an die Revision ist zulässig, wenn der Revisionskläger im Termine zur Verhandlung über die Revision nicht erscheint und der Revisionsbeklagte gegen ihn Versäumnißurtheil beantragt.** Die Anschließung wird allerdings durch vorgängige Zustellung eines dieselbe ankündigenden oder aussprechenden Schriftsatzes an den Gegner nur vorbereitet; sie erfolgt erst durch die Stellung des Antrages in der mündlichen Verhandlung. (Entsch. in Civils. Bd. 7 S. 245.) Eine andere Frage aber ist es, ob die Erklärung des Anschlusses in der mündlichen Verhandlung nur in Anwesenheit der Gegenpartei wirksam erfolgen könne. Der aus dem Grundsatze der Mündlichkeit des Verfahrens sich ergebenden Forderung, daß die Anträge und die sie begründenden Vorträge der Parteien nicht schriftlich, sondern mündlich erfolgen müssen, ist offenbar auch durch einen in Abwesenheit der Gegenpartei erfolgenden mündlichen Vortrag genügt. Dagegen kann in Zweifel gezogen werden, ob in einem derartigen Vortrage eine mündliche Verhandlung zu finden sei. Wenn nun auch nach dem Sprachgebrauche der Civilprozeßordnung (vgl. Birckmeyer in der Zeitschrift für mecklenburgische Rechtspflege Bd. 2 S. 141 ff., namentlich S. 171 ff.), unter Verhandlung nicht ein Verhandeln der Partei mit dem Gerichte, sondern ein Verhandeln der Parteien unter einander vor dem Gerichte zu verstehen ist, so fällt doch, wie schon die Motive zum Entwurfe der Civilprozeßordnung in § 4 der allgemeinen Begründung hervorheben (R. C. X. (120.) 389), unter den Begriff derselben nicht bloß dasjenige Parteiverfahren, in welchem beide Parteien wirklich gleichzeitig handeln, sondern auch dasjenige, in welchem sie nach der Absicht des Gesetzgebers gleichzeitig handeln sollen, das Versäumnißverfahren, sodaß man die kontradiktorische und nichtkontradiktorische Verhandlung unterscheiden kann, wie auch im Gerichtskostengesetze §§ 18—20 und in der Gebührenordnung für Rechtsanwälte §§ 13—16, wenn auch in besonderem Sinne, geschieht. Es können daher, abgesehen von Erklärungen einer Partei, welche eine von der Mitwirkung des Gegners unabhängige Verfügung über ein Parteirecht enthalten, und abgesehen von Erklärungen einer Partei über Prozeßhandlungen, welche, wie die Beweisaufnahme (§ 332 a. a. O.), der Mitwirkung der Parteien nicht bedürfen, jedenfalls diejenigen Erklärungen, welche behufs Erlangung eines Versäumnißurtheils erfolgen, mögen sie von der einen oder anderen Partei ausgehen, in Abwesenheit der Gegenpartei wirksam stattfinden. Nun handelt es sich aber, wenn der Berufungs- oder Revisionskläger im Verhandlungstermine ausbleibt, um Erlaß eines Versäumnißurtheiles nicht allein bei dem Antrage des Berufungs- oder Revisionsbeklagten auf Zurückweisung des Rechtsmittels, sondern auch bei dem Antrage desselben auf Abänderung des angefochtenen Urtheiles im Wege der Anschließung an das Rechtsmittel des Gegners. Das Gericht befindet sich in der Lage, diesem Antrage zu entsprechen, sofern nur dem Gegner von der beabsichtigten Anschließung rechtzeitig vor dem Verhandlungstermine mittels Schriftsatzes Mittheilung gemacht worden ist (§ 300 Nr. 3 C. P. O.). Man geräth demnach durch Zulassung dieses Antrages weder mit dem

Digitized by Google

Grundsatze der Mündlichkeit noch mit dem Begriffe der Verhandlung in Widerspruch. Ebensowenig aber widerstreitet dieselbe dem Abhängigkeitsverhältnisse, in welchem die Anschließung an das Rechtsmittel des Gegners ihrem Begriffe nach zu diesem Rechtsmittel steht. Die Anschließung setzt, wenn sie nicht gemäß § 483 Abs. 2 a. a. O. wie ein selbständiges Rechtsmittel zu behandeln ist, begrifflich voraus, daß die Sache durch ein von dem Gegner zulässigerweise geltend gemachtes Rechtsmittel in die Rechtsmittelinstanz gelangt ist und daß zur Zeit des Anschlusses, das ist zur Zeit der Anschlußerklärung in der mündlichen Verhandlung, die Anhängigkeit der Sache in der Rechtsmittelinstanz noch fortdauert. Diese Voraussetzung aber ist vorhanden, wenn der Gegner ein zulässiges Rechtsmittel eingelegt und nicht zurückgenommen hat, gleichviel ob er im Verhandlungstermine erscheint oder nicht. Wenn der Berufungs- oder Revisionskläger im Verhandlungstermine nicht erscheint, so kann man weder sagen, daß er das Rechtsmittel nicht eingelegt, noch daß er dasselbe zurückgenommen habe. Wie die Erhebung der Klage nicht erst mit der Stellung des Klagantrages in der mündlichen Verhandlung, sondern schon durch Zustellung der Klageschrift erfolgt (§ 230 a. a. O.) und schon hierdurch die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet wird (§ 235 a. a. O.), so erfolgt in der Rechtsmittelinstanz, gemäß dem in den Motiven zum Entwurfe der §§ 458. 460. 463. 464 C. P. O. ausgesprochenen Grundgedanken, die Formen des Rechtsmittels und der Verhandlung über dasselbe denjenigen der Klage und der Verhandlung erster Instanz entsprechend zu gestalten, die Einlegung des Rechtsmittels nicht erst durch die Stellung des Antrages in der mündlichen Verhandlung, sondern bereits durch die Zustellung der Berufungs- oder Revisionsschrift (§ 479 a. a. O.), wodurch die Sache in die Rechtsmittelinstanz gelangt. Daß dies der Civilprozeßordnung entspricht, ergibt sich mit Sicherheit daraus, daß § 476 a. a. O. die Zurücknahme des Rechtsmittels durch Zustellung eines Schriftsatzes vor dem Verhandlungstermine gestattet und als Wirkung derselben den Verlust das Rechtsmittels bezeichnet, und daß nach §§ 505. 520. 295 a. a. O. im Falle des Nichterscheinens des Berufungs- oder Revisionsklägers im Verhandlungstermine auf Antrag die Zurückweisung des Rechtsmittels eintritt. Beides wäre nicht möglich, wenn nicht schon in der Einlegung die Geltendmachung des Rechtsmittels gefunden würde. Demgemäß ist schon durch die Einlegung dem Gegner das Recht erworben, sich dem Rechtsmittel anzuschließen (vgl. Entsch. des Reichsgerichtes in Civilsachen Bd. 7 S. 345). Die Voraussetzung der Anschließung, ein von dem Gegner zur Hand genommenes Rechtsmittel, ist mithin schon durch die Einlegung desselben vermittelst Zustellung eines Schriftsatzes hergestellt. Es steht allerdings dem Berufungs- und Revisionskläger frei, durch Zurücknahme des Rechtsmittels, welche ihm vor Beginn der mündlichen Verhandlung des Gegners ohne Einwilligung desselben gestattet ist (§ 476 a. a. O.), der Anschließung des Gegners die Wirkung zu entziehen (§§ 843. 529), und es ist von manchen Auslegern der Civilprozeßordnung (vgl. von Wilmowsky und Levy 2. Ausg. S. 591 Anm. 1 zu § 504; Gaupp Bd. 2 S. 535 Anm. 2 zu § 504; Endemann Bd. 2 S. 411. 437) behauptet worden, daß das Versäumnißurtheil gegen den nicht erschienenen Berufungs- oder Re-

Digitized by Google

visionskläger bezüglich der Unwirksamkeit der Anschließung des Gegners gleiche Wirkung habe, wie die Zurücknahme der Revision. Allein mit Recht wird dieser Ansicht von anderen Kommentatoren widersprochen. (Vgl. Struckmann u. Koch 3. Ausgabe S. 467 Anm. 5 zu § 504; Petersen 2. Ausg. S. 733 Anm. 5 zu § 504; Seuffert S. 573.) Das Nichterscheinen des Berufungs- oder Revisionsklägers im Verhandlungstermine, welches auf verschiedenen Gründen beruhen kann, läßt an sich auf einen Verzicht desselben auf das Rechtsmittel nicht schließen. Ebensowenig wird demselben durch das gegen den Berufungs- oder Revisionskläger ergehende Versäumnißurtheil die Wirkung eines Verzichtes auf das Rechtsmittel oder einer Zurücknahme desselben beigelegt. Wenn auch nach dem Ausdrucke der Motive zum Entwurfe der C. P. O. §§ 285—302 durch das Versäumnißurtheil das gesetzlich angedrohte Präjudiz des Verzichtes verwirklicht wird und die Zurücknahme einer Klage oder eines Rechtsmittels einen Verzicht enthält, so stehen doch beide Fälle weder in Ansehung der Voraussetzungen noch der Wirkungen einander völlig gleich, wie auch die gesetzlichen Vorschriften über die Zurücknahme der Klage (§ 243 a. a. O.) oder Berufung (§ 476 a. a. O.) einerseits und über das Versäumnißurtheil wegen Nichterscheinens des Klägers (§ 295 a. a. O.) oder Berufungsklägers (§ 504 a. a. O.) andererseits in der Civilprozeßordnung von einander getrennt sind. Es ist daher keineswegs selbstverständlich, daß die Zurücknahme des Rechtsmittels und die Zurückweisung desselben durch Versäumnißurtheil auf die Anschließung des Gegners gleiche Wirkung äußern müsse. Es hätte vielmehr einer gesetzlichen Vorschrift bedurft, wenn gleich der Zurücknahme des Rechtsmittels (§ 483 a. a. O.) auch der Verlust desselben durch Versäumnißurtheil die Folge haben sollte, die Wirkung der Anschließung aufzuheben. Eine solche Vorschrift findet sich aber in der Civilprozeßordnung nicht, und aus der Entstehungsgeschichte derselben geht hervor, daß eine früher beabsichtigte Vorschrift dieses Inhaltes schließlich unterblieben ist. Nachdem in dem hannoverschen Entwurfe § 598 a. a. O. die ausdrückliche Bestimmung aufgenommen worden war, daß beim Nichterscheinen des Berufungsklägers im Verhandlungstermine das in der Berufungsschrift gestellte Gesuch verworfen und in Gemäßheit des von dem Berufungsbeklagten mittels Anschließung geltend gemachten und dem Berufungskläger mitgetheilten Gesuches, soweit dasselbe begründet sei, erkannt werden solle, wurde diese Bestimmung in dem Entwurfe der norddeutschen Kommission verlassen und durch die im § 807 a. a. O. enthaltene Bestimmung ersetzt, es sei in dem gedachten Falle das Versäumnißurtheil dahin zu erlassen, daß die Berufung als zurückgenommen anzusehen sei (vgl. Protokolle der norddeutschen Kommission S. 1533. 2373. 2376); diese Vorschrift des norddeutschen Entwurfes wurde aber in den folgenden Entwürfen wiederum aufgegeben, welche sämmtlich diejenigen Bestimmungen enthalten, welche in die Civilprozeßordnung als §§ 482. 483 übergegangen sind. Ist nun auch in den Motiven dieser Entwürfe die Folgerung, welche sich aus der gedachten Aenderung für die Anschließung ergibt, nicht besonders erwähnt, so ist doch klar ausgesprochen, daß das gegen den nicht erschienenen Berufungs- oder Revisionskläger zu erlassende Versäumnißurtheil nicht dahin lauten solle, daß das Rechtsmittel als

Digitized by Google

zurückgenommen angesehen werde, sondern dahin, daß dasselbe gemäß den Vorschriften über das Versäumnißverfahren in erster Instanz (§ 295 a. a. O.) zurückgewiesen werde. (R. G. 27. I. 83.) R. C. VIII. (114.) 380—385. A. VII. (91.) 285—290.

6. **Zulässigkeit der Rev.-Anschließung bezüglich der Widerklage, wenn die Revision nur bezüglich der Klage eingelegt ist.** Nach den Motiven zu §§ 482 und 518 der C. P. O. bringt die Berufung wie die Revision, da die Ber.- und Rev.-Schrift auch rücksichtlich der Anträge nur vorbereitend ist, den ganzen Rechtsstreit in die Ber.- bezw. Rev.-Instanz. Infolge dessen kann der Rev.-Beklagte sich der Revision anschließen und zwar ohne das gemeinrechtliche Erforderniß der Connexität der Anschlußbeschwerde mit denen des Rev.-Klägers und auch rücksichtlich der Entscheidung des Kostenpunkts, für welche allein die Revision ausgeschlossen wäre. Dieses Recht des Rev.-Beklagten kann Rev.-Kläger durch Beschränkung seiner Anträge auf einen Theil des Streitgegenstandes nicht beeinträchtigen, zumal auch er an einer Erweiterung derselben nicht gehindert ist. Aus diesen in den Motiven niedergelegten Sätzen geht demnach klar hervor, daß die Anschließung für den ganzen Umfang des Urtheils gestattet ist, und daß, wenn in demselben Urtheil über mehrere selbständige Ansprüche entschieden und Revision nur bezüglich der Entscheidung über den einen Anspruch eingelegt ist, der Rev.-Beklagte wegen der Entscheidung über den anderen adhäriren kann. In diesem Sinn haben sich auch die Kommentare der C. P. O. ausgesprochen, so insbesondere die von Sarwey, Seuffert, Wilmowsky. Urtheil des obersten L. G. f. Bayern vom 26. Mai 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (250.) 378 ff.

§ 519. **§ 519.**

Der Revisionsbeklagte hat dem Revisionskläger die Beantwortung der Revision innerhalb der ersten zwei Drittheile der Zeit, welche zwischen der Zustellung der Revisionsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegt, mittels vorbereitenden Schriftsatzes zustellen zu lassen.

Der Schriftsatz soll insbesondere die Anträge und im Falle der Anschließung deren Begründung nach Vorschrift des § 516 enthalten.

E. G. §§ 7, 8. — § 484.

Abs. 2. Der Revisionskläger, welcher, nachdem der Revisionsbeklagte nach Ablauf der Revisionsfrist in einem vorbereitenden Schriftsatze seine Anschließung an die Revision erklärt hatte, die Revision zurücknimmt, hat die durch die Vorbereitung der Anschließung entstandenen Kosten zu tragen. (R. G. 24. VI. 82.) S. hierüber bei § 482 ad R. C. VII. (104.) 345.

3. Verfahren vor dem Revisionsgericht.

§ 520. **§ 520.**

Auf das weitere Verfahren finden die in erster Instanz für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit nicht Abweichungen aus den Bestimmungen dieses Abschnitts sich ergeben.

§ 485.

1. **Das Fehlen einer wesentlichen Voraussetzung des Klaganspruches kann noch in der Ber.-Inst. geltend gemacht werden.** Urtheil des obersten L. G. f. Bayern vom 28. Juni 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 266 S. 374.

Digitized by Google

2. **Auf den Antrag des Revisionsbeklagten, den im Verhandlungstermine nicht erschienenen Revisionskläger, welcher das Rechtsmittel zurückgenommen hat, der Revision verlustig zu erklären, ist Versäumnißurtheil zu ertheilen.** Gründet der Revisionsbeklagte seinen Antrag auf die Zurücknahme des Rechtsmittels, so bildet den Grund für den auf Antrag des Revisionsbeklagten durch Urtheil auszusprechenden Verlust des Rechtsmittels die Zurücknahme und nicht der Umstand, daß der Revisionskläger in dem Termine zur mündlichen Verhandlung über die Revision nicht erschienen ist. **Es ist in diesem Falle die Stellung des urtheilenden Richters bezüglich der hier in Frage kommenden prozessualischen Thatsachen eine andere als in Bezug auf die das unter den Parteien streitige materielle Rechtsverhältniß begründenden Thatsachen. Dennoch machen sich auch in Betreff dieser prozessualischen Thatsachen die Folgen eines Versäumnisses der einen oder der anderen Partei geltend.** Es ist ein anderes, ob der Richter auf Vortrag beider Parteien über die seiner Beurtheilung unterstellten Thatsachen zu urtheilen hat, oder ob ihm nur von einer Partei die Materialien vorgelegt werden. Es kann sich sogleich diese Verschiedenheit im Resultate bei der Erörterung der Frage, ob der Fall eines Versäumnisses vorliegt oder vorlag, geltend machen. (Vgl. Schwalbach in Gruchot's Beiträgen Bd. 26 S. 6 ff.) So kann, wenn beide Theile erschienen sind, die Frage, ob die Revision thatsächlich zurückgenommen worden sei, sehr wohl Gegenstand eines Streites unter den Parteien und folgeweise Gegenstand der mündlichen Verhandlung sein, wie etwa, wenn der Revisionskläger die Echtheit der betreffenden schriftlichen Erklärung bestreitet, Fälschung behauptet oder wenn er darlegt, daß er zwar anfänglich beabsichtigt habe, die Revision zurückzunehmen, daß er auch alles nach dieser Richtung vorbereitet, dann aber seinen Entschluß zurückgenommen, die betreffende Anordnung getroffen habe, daß aber die Zurücknahme wider seinen Willen irrthümlich expedirt und zugestellt worden sei. Erscheint nur der Revisionsbeklagte, so bleiben solche denkbaren und möglichen Einwendungen, wie sie der Revisionskläger hätte vorbringen können, wenn er erschienen wäre, von der Verhandlung ausgeschlossen. Der Richter hat dann auf Grund der ihm nur von dem Revisionsbeklagten vorgelegten Materialien die Frage, ob das Rechtsmittel zurückgenommen sei, zu entscheiden. Aber auch in Beziehung auf die Folgen der Zurücknahme ist ein Streit unter den Parteien möglich. Es ist denkbar, daß der Revisionskläger sich auf ein Abkommen berufen kann, in welchem zwischen den Parteien über die Kosten der von jenem zurückzunehmenden Revision anders bestimmt war. Erscheint nun der Revisionskläger nicht, so ist über den Antrag des Revisionsbeklagten zu erkennen, ohne daß mögliche aber nicht vorgebrachte Einwendungen des nicht erschienenen Revisionsklägers in Betracht zu ziehen sind. Ist der Antrag gerechtfertigt, so ist dementsprechend durch Versäumnißurtheil zu erkennen, gerade wie nach § 296 C. P. O. dem Antrage des Klägers entsprechend zu erkennen ist, wenn derselbe durch die vorgebrachten Thatsachen gerechtfertigt wird. Daß die Folgen des Versäumnisses des Revisionsklägers mit einem Versäumnißurtheil eintreten, entspricht auch für diesen Fall dem praktischen Bedürfnisse. Wenn das Bedürfniß einer Anfechtung des Urtheiles auch nicht

Digitized by Google

allzu häufig eintreten wird, so ist es doch nach Lage des einzelnen Falles sehr wohl möglich. Gibt es dann aber keinen Einspruch, so gibt es gegen das in höchster Instanz ergangene Urtheil dieses Inhaltes überall kein Rechtsmittel. Das hier gewonnene Resultat stimmt auch mit dem Systeme der Civilprozeßordnung überein, nach welchem im Allgemeinen ein kontradiktorisches Urtheil auf beiderseitige mündliche Verhandlung, ein Versäumnißurtheil aber dann zu ertheilen ist, wenn trotz der ergangenen Ladung nur eine Partei erschienen ist oder nur diese Partei verhandelt, bezw. Anträge gestellt hat. Allerdings setzt das Versäumnißurtheil voraus, daß Versäumniß einer mündlichen Verhandlung zur Hauptsache oder doch einer mündlichen Verhandlung über einen Zwischenstreit vorliege (Birkmeyer in der mecklenburgischen Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 64 ff.) Allein wie sich die mündliche Verhandlung, so lange der Streit über das materielle Rechtsverhältniß zwischen den Parteien noch besteht, nicht bloß auf diesen, sondern auch auf die prozessualischen Streitpunkte bezieht und wie folgeweise das Versäumnißurtheil, wenn es bei solcher Lage der Sache zu ertheilen ist, auch die Entscheidung dieser Punkte mit einschließt, so ist nicht einzusehen, weßhalb die Sache bezüglich der möglichen prozessualischen Streitpunkte anders gestaltet sein soll, wenn ein Rückstand des Streitverhältnisses nur noch über einen prozessualischen Punkt unter den Parteien zu verhandeln gewesen wäre. (R. G. 11. I. 82.) R. C. VI. (110.) 364—367.

3. Die Civilprozeßordnung hat besondere Bestimmungen über das Versäumnißverfahren in der Revisionsinstanz nicht für geboten erachtet, sich vielmehr darauf beschränkt, in § 520 im Allgemeinen auf die entsprechend anzuwendenden Vorschriften über das Verfahren in erster Instanz zu verweisen. Daraus folgt, daß, **wenn der Revisionsbeklagte im Verhandlungstermine ausbleibt** und der Revisionskläger nicht etwa zulässige neue Thatsachen im Sinne des § 516 Ziff. 2 und 3 C. P. O. vorbringt, in dritter Instanz nach Maßgabe des § 296 C. P. O. zu prüfen ist, ob der im Thatbestande des Berufungsurtheils festgestellte Sachverhalt den Revisionsangriff rechtfertigt. (R. G. 2. XI. 80.) R. C. III. (55.) 196.

4. **In Ehesachen kann bei dem Ausbleiben des Beklagten in dem ersten auf die Revision anberaumten Termine mündlich verhandelt und entschieden werden** (§ 529) und greift die Bestimmung des § 178 Abs. 1 hier nicht Platz. (R. G. 9. VI. 83.) S. hierüber § 578 Abs. 1 ad R. C. IX. (116.) 393. 394.

§ 521. **§ 521.**

Die Verletzung einer das Verfahren der Berufungsinstanz betreffenden Vorschrift kann in der Revisionsinstanz nicht mehr gerügt werden, wenn in Gemäßheit der Bestimmung des § 267 die Partei das Rügerecht bereits in der Berufungsinstanz verloren hat.

§ 492.

§ 522. **§ 522.**

Der Prüfung des Revisionsgerichts unterliegen nur die von den Parteien gestellten Anträge.

St. P. O. § 392 Nr. 1.

Das Revisionsgericht ist zwar nach § 522 der Reichs-Civilprozeßordnung auf die von den Parteien gestellten Anträge beschränkt, dagegen

Digitized by Google

in der rechtlichen Beurtheilung derselben an die Ausführungen der Parteien nicht gebunden. (B. O. L. 5. III. 81.) S. IX. (25.) 77.

§ 523.

§ 523.

Ein nicht oder nicht unbedingt für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil des Berufungsgerichts ist, insoweit dasselbe durch die Revisionsanträge nicht angefochten wird, auf den im Laufe der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag von dem Revisionsgerichte für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

§ 496. Ger. K. G. § 47 Nr. 11. R. A. G. O. § 23. Nr. 1.

§ 524.

§ 524.

Für die Entscheidung des Revisionsgerichts sind die in dem angefochtenen Urtheile gerichtlich festgestellten Thatsachen maßgebend. Außer denselben können nur die im § 516 Nr. 2, 3 erwähnten Thatsachen berücksichtigt werden.

§ 505.

1. **Bei Geltendmachung des Einwandes der rechtskräftig entschiedenen Sache ist der Revisionsrichter nicht an die Auslegung, welche der Berufungsrichter dem früheren Urtheile gibt, gebunden, sondern es steht ihm frei, Sinn und Tragweite dieses Urtheiles frei zu würdigen.** Obwohl die preußische Nichtigkeitsbeschwerde und der französische Kassationsrekurs in gleicher Weise, wie die Revision der Civilprozeßordnung auf dem Grundsatze beruhen, daß das höchste Gericht nur die Rechtsfragen zu prüfen habe, eine Nachprüfung thatsächlicher Feststellungen ihm aber untersagt sei, war doch bei jenen beiden Rechtsmitteln unbestritten, daß, soweit es sich um Geltendmachung der rechtskräftig entschiedenen Sache handele, es dem höchsten Gerichte gestattet sei, den Sinn der Urtheile, deren Rechtskraft in Frage steht, frei zu prüfen. Weder in Preußen noch in Frankreich konnte man sich für diese Ansicht auf besondere Bestimmungen des Gesetzes stützen, vielmehr gründete man sie nur auf allgemeine, der Natur der Sache entnommene, Erwägungen, insbesondere die Erwägung, daß ohne solche freie Prüfung die Rechtskraft der Urtheile desjenigen vollen Schutzes entbehren würde, welchen sie im Interesse einer geordneten Rechtspflege beanspruchen kann und welcher nach dem Willen des Gesetzes gewährt werden sollte. So gibt Dalloz (Rep. v. chose jugée Nr. 20) den Ausspruch: „à l'égard de la chose jugée la cour suprême n'est jamais liée par les constatations des juges du fond" als etwas selbstverständliches, das einer näheren Begründung nicht bedürfe. Die Gründe, welche zu besagter Absicht führten, bestehen auch unter Herrschaft der Civilprozeßordnung ungeschwächt fort, hinzu aber tritt der neue Grund, daß bei Auslegung neuer Gesetze im Zweifel anzunehmen ist, man habe sich den bestehenden Rechtsbildungen anschließen, nicht aber, man habe sich von denselben entfernen und etwas Abweichendes bestimmen wollen. Weder bei der Berathung der Civilprozeßordnung selbst, noch bei der Berathung des norddeutschen und des hannover'schen Entwurfes wurde etwas geäußert, was auf die Absicht, bei Beurtheilung der res judicata, in Abweichung von den früher anerkannten Grundsätzen, dem Revisionsrichter die freie Prüfung des Sinnes der in Frage stehenden Urtheile zu entziehen, schließen ließe. Im Gegentheile könnte daraus, daß bei den Berathungen gedachter Entwürfe Bestimmungen, welche die Verletzung der Rechtskraft früherer Urtheile als besonderen Nichtigkeitsgrund anführen wollten, bloß deßhalb gestrichen wurden, weil es selbstverständlich sei, daß, wo Verletzung der Rechtskraft vorliege, auch eine Verletzung von Rechts-

Digitized by Google

normen gegeben sei, eher gefolgert werden, daß man voraussetzte, es stehe dem Nichtigkeitsrichter die zum Schutze der Rechtskraft erforderliche freie Prüfung zu. In der That erscheint sicher, daß der Gesetzgeber, wäre er nicht von der Unterstellung ausgegangen, es sei eine bezügliche Bestimmung *nicht nöthig*, dem Revisionsrichter das Recht der freien Prüfung in fraglicher Beziehung unbedenklich gewährt haben würde. Faßt man die Konsequenzen der entgegengesetzten Ansicht in's Auge, so wird klar, daß sie nicht vom Gesetze gewollt sein können. Ganz abgesehen davon, daß dabei der Schutz der Rechtskraft überhaupt ein sehr verkümmerter wäre, würde die Folge sein, daß das Reichsgericht sich auch die falsche Auslegung seiner eigenen Urtheile gefallen lassen müßte, daß es also dem unteren Richter zustünde, die Entscheidung des Reichsgerichtes im Wege der Auslegung aufzuheben, bezw. zu ändern. Ferner ist in Betracht zu ziehen, daß das betreffende Prinzip auch frühere Urtheile, die im nämlichen Prozesse ergingen, treffen müßte und z. B. die Bestimmung in § 528 Abs. 2 C. P. O., daß das Berufungsgericht, an welches die Sache zurückverwiesen ist, an die rechtliche Beurtheilung, welche der Aufhebung zu Grunde liegt, gebunden sei, unter Umständen illusorisch werden könnte, insofern das Reichsgericht an die Auslegung, die der Berufungsrichter dem reichsgerichtlichen Urtheile gibt, möchte sie auch noch so unrichtig sein, gebunden wäre. Hieran reihen sich weitere Erwägungen, welche der inneren Natur der betreffenden Auslegungsfrage entnommen sind und wenigstens so viel erkennen lassen, daß die Auslegung von Urtheilen mit der Auslegung von Verträgen oder ähnlicher Willensakte nicht zu identifiziren ist. Die Erforschung des Willens der Kontrahenten bei einem Vertrage ist (soweit nicht etwa die Verletzung von Auslegungsregeln in Frage steht) eine, *ihrer Natur nach* und unter allen Umständen der Nachprüfung des Revisionsrichters entzogene, reine Thatfrage. Anders ist es mit der Erforschung des Sinnes von Urtheilen, von der keineswegs gesagt werden kann, sie sei prinzipiell und unter allen Umständen dem Revisionsrichter untersagt. Die Natur des Rechtsmittels der Revision selbst bringt es mit sich, daß der Revisionsrichter Sinn und Willen des angefochtenen Urtheiles erforschen muß, um sich darüber klar zu werden, ob dasselbe auf Verletzung von Rechtsnormen beruhe oder nicht. Es kann daher nichts Prinzipwidriges darin gefunden werden, wenn die nämliche Funktion, welche der Revisionsrichter dem angefochtenen Urtheile gegenüber ausübt, ihm auch bei anderen, sei es im nämlichen Prozesse, sei es in früheren Prozessen unter den Parteien ergangenen Urtheilen gestattet wird, namentlich wenn in Betracht kommt, daß der Richter durch sein Urtheil *formelles Recht für den einzelnen Fall* schafft, es sich also nur darum handelt, diesem Rechte einen gleichen Schutz zu verleihen, wie den aus Gesetzen und Verordnungen sich ergebenden allgemeinen Rechtsnormen. (R. G. 4. VII. 82.) R. C. VII. (106.) 351—353. A. VI. (58.) 239—241. (R. C. VIII. (113.) 378.) S. hierüber auch bei § 528 ad R. G. 16. I. 85 in R. C. XIII. (109.) 404.

2. Indem § 524 der d. C. P. O. die gesetzliche Regel vorzeichnet, daß für die Entscheidung des Revisionsgerichts die in dem angefochtenen Urtheil gerichtlich festgestellten Thatsachen maßgebend sind, fügt die angeführte Gesetzesvorschrift die Bestimmung bei, daß außer denselben nur die

Digitized by Google

im § 516 Nr. 2 und 3 erwähnten Thatsachen berücksichtigt werden könnten. Hiernach und im Zusammenhang mit den in § 511 und § 512 bezeichneten allgemeinen Voraussetzungen einer **Revision kann** also dieselbe **auch darauf gestützt werden, daß unter Verletzung des Gesetzes Thatsachen festgestellt, übergangen, oder als vorgebracht angenommen wurden.** (§ 516 Nr. 3.) Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 16. Oktober 1880. S. A. Bd. 36 Nr. 163 S. 242. 243.

3. **Die Entscheidung des Berufungsrichters, daß die angebotenen Beweise nicht erheblich seien, kann mit der Revision nicht angefochten werden.** Die Erheblichkeit der Beweisanerbietungen zu prüfen, und die unerheblichen zurückzuweisen, ist nach §§ 259 und 323 der C. P. O. Sache des Thatrichters und kann die deßfallsige Feststellung des Inhalts und die hieraus gezogene Folgerung der Unerheblichkeit der behaupteten Thatsachen für den künstlichen Beweis der Simulation, weil auch diese Folgerung in das thatsächliche Gebiet gehöre, gemäß § 524 a. a. O. mit der Revision nicht angefochten werden. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 22. September 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 169 S. 242. 243.

4. Da durch § 259 der C. P. O. dem Gericht die Befugniß gegeben ist, das Ergebniß einer Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu finden und festzustellen, so ist bei einer von dem Instanzrichter erfolgten Feststellung **der Revisionsrichter** nach § 524 a. a. O. **nicht berechtigt,** in dieser Beziehung **an eine Prüfung der betreffenden Zeugenaussagen zu gehen.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 23. September 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 170 S. 243.

5. **Es kann dem Revisionsrichter nicht zugemuthet werden, Folgerungen, welche der Berufungsrichter aus dem Inhalte von Urkunden über Sinn und Bedeutung derselben zieht, ohne Weiteres als rein thatsächliche Feststellungen anzuerkennen, vielmehr ist er ebenso berechtigt als verpflichtet, zu verlangen, daß ihm der Inhalt der Urkunden mitgetheilt werde, um beurtheilen zu können, ob nicht jenen Folgerungen eine falsche Rechtsansicht zu Grunde liege. Auch erscheint es dem Willen des Gesetzes nicht entsprechend, daß etwa der Thatbestand, auf Grund dessen der Revisionsrichter zu urtheilen hat (§ 524 C. P. O.), erst dadurch gewonnen, bezw. ergänzt werde, daß die Parteien bei der Verhandlung in der Revisionsinstanz die betreffenden Urkunden vorlegen.** Es ist daher der Berufungsrichter verpflichtet, entweder den Inhalt der Urkunden, soweit er für die Entscheidung von Belang sein kann, in seinem Thatbestande wortgetreu zu beurkunden, oder aber (was der Regel nach sachgemäßer erscheint) auf die den Akten beizufügenden und bis zum Eintritte der Rechtskraft der Entscheidung bei denselben zu belassenden Urkunden Bezug zu nehmen. (R. G. 14. V. 86.) R. C. XVI. (4.) 19.

6. **Zulässigkeit der Revision über die Frage, ob ein allgemeiner Satz, aus welchem ein Verzicht durch konkludente Handlungen gefolgert wird, richtig ist.** Urtheil des O. L. G. für Bayern vom 13. Dezember 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 258 S. 371.

7. **Interpretation eines Statuts. Inwiefern keine thatsächliche Feststellung des Berufungsrichters vorliegt.** (R. G. 8. III. 84.) R. C. XII. (5.) 23 ff.

8. **Die Mangelhaftigkeit des Thatbestandes als Revisionsgrund.** Daß

Digitized by Google

in der Vernachlässigung des § 284 Ziff. 3 eine die Revision begründende Gesetzesverletzung zu finden sei, ist zwar in der Civilprozeßordnung (vgl. § 513) nicht ausdrücklich ausgesprochen; dies folgt aber mit Nothwendigkeit daraus, daß nach § 524 der Revisionsrichter keine anderen Thatsachen berücksichtigen darf, als diejenigen, welche sich aus dem Thatbestande, bezw. gemäß § 285 aus der Berichtigung desselben durch das Sitzungsprotokoll ergeben, und daß derselbe daher bei Ermangelung eines gehörigen Thatbestandes gar nicht im Stande ist, in der Sache selbst zu entscheiden. (Es dürfen namentlich die vorbereitenden Schriftsätze von dem Revisionsrichter nicht anders in Betracht gezogen werden, als wenn und insoweit der Inhalt derselben im Thatbestande in Bezug genommen und somit zu einem Bestandtheile des letzteren gemacht worden ist (§ 284 Abs. 2).) — (R. G. 23. XI. 80.) R. C. II. (123.) 422. 423. A. III. (29.) 101. 102. (R. C. II. (117.) 404.)

9. Nach § 284 Ziff. 3 C. P. O. muß jedes Urtheil eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitgegenstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien enthalten. Diese selbständige Darlegung des Sachverhaltes ist eines der wesentlichen Bestandtheile des Urtheiles; sie soll das Gesammtergebniß der mündlichen Verhandlung zum Zwecke der Nachprüfung der Entscheidung in der Rechtsmittelinstanz mit Rücksicht auf die Bestimmungen über die Rechtskraft der Urtheile und zum Behufe des Verständnisses der Entscheidungsgründe feststellen. In ersterer Beziehung insbesondere sind nach § 524 C. P. O. für die Entscheidung des Revisionsgerichtes regelmäßig die in dem angefochtenen Urtheile zweiter Instanz festgestellten Thatsachen maßgebend und es läßt sich nur aus dem Thatbestande entnehmen, welche Umstände das Berufungsgericht nach Maßgabe des Vorbringens und der Anträge der Parteien seiner Beurtheilung unterziehen mußte, und ob bei richtiger und vollständiger Würdigung aller einschlagenden Verhältnisse ein Grund zur Abänderung des zweitinstanzlichen Erkenntnisses vorliegt. Zwar ist nach § 284 Abs. 2 C. P. O. bei der Darstellung des Sachverhaltes eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und auf die zum Sitzungsprotokolle erfolgten Feststellungen nicht ausgeschlossen. Allein schon der Wortlaut dieser Bestimmung zeigt, daß eine solche Bezugnahme nur ausnahmsweise stattfinden soll. Wenn hierbei auch im Einzelnen das richterliche Ermessen über die Mittheilung des Sachverhaltes im Urtheile zu befinden hat, so darf dieses doch niemals soweit führen, daß der Zusammenhang der thatsächlichen Unterlagen des Rechtsstreites mit der rechtlichen Beurtheilung der Sache verloren geht oder Zweifel darüber entstehen, welche Thatsachen nach Maßgabe der mündlichen Verhandlung der Richter hat feststellen wollen. Es kann nicht Aufgabe des Revisionsgerichtes sein, bei der Verhandlung der Sache in dritter Instanz an der Stelle des Berufungsgerichtes die thatsächlichen Grundlagen für die Prüfung der Rechtsfrage zu ermitteln oder auch nur zu prüfen, ob die mündlichen Ausführungen der Parteien, soweit solche thatsächlicher Natur sind, den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze wiedergeben. **Es kann sonach wegen mangelnden Thatbestandes ein Berufungsurtheil unter Umständen von Amts wegen, selbst gegen den Willen und die übereinstimmenden Anträge der Parteien aufgehoben werden.**

Digitized by Google

(§ 527 Abs. 2 C. P. O.) — (R. G. 8. X. 80.) R. C. II. (117.) 404—408. (R. C. II. (123.) 421.)

10. **Eine Aufnahme des Verfahrens durch den Konkursverwalter auf Grund des § 8 Kon.-O. ist in der Revisionsinstanz an sich nicht ausgeschlossen.** Ist aber die Aufnahme des Verfahrens in der Revisionsinstanz dem Konkursverwalter nicht versagt, so liegt es in der Natur der Sache, daß der letztere in der Revisionsinstanz die Thatsachen, von denen die Zulässigkeit seiner Aufnahme des Verfahrens abhängt, geltend zu machen befugt sein muß. Und es kann ihm diese Geltendmachung nicht durch den Hinweis darauf verkümmert werden, daß die fraglichen Thatsachen nicht zum Prozeßstoffe des Berufungsgerichtes gehören. (R. G. 31. XII. 83.) R. C. XI. (105.) 401.

11. **Allerdings ist für die Revisionsinstanz dasjenige maßgebend, was der Berufungsrichter in Betreff des Benehmens des Klägers gegen seine Ehefrau als bewiesen angenommen hat. Allein wie dieses Benehmen vom Standpunkte des Eherechtes aus zu qualifiziren, insbesondere ob es als ein solches zu prädiziren ist, das der Ehefrau einen rechtlich begründeten Einwand gegen die angestellte Klage an die Hand gebe, ist der Würdigung des Revisionsgerichtes nicht entzogen.** (R. G. 8. XI. 81; 13. II. 83; 29. V. 83.) R. C. VI. (37.) 149; VIII. (40.) 159; XI. (110.) 413.

12. **Daß die Beantwortung der Schuldfrage im Ehescheidungsverfahren einer Nachprüfung in der Revisionsinstanz überhaupt nicht unterliege** (vgl. Seuffert, Archiv Bd. 41 Nr. 1), **kann nicht behauptet werden.** Denn wenn auch die Frage, wie das eheliche Zerwürfniß entstanden sei und sich weiter entwickelt habe, eine Thatsache ist, deren Beantwortung durch das Berufungsgericht für das Revisionsgericht nach § 524 der C. P. O. maßgebend ist, so sind doch in dieser Hinsicht nicht allein prozessuale Angriffe wegen Unvollständigkeit der Beweisprüfung oder der Entscheidungsgründe (§§ 259, 513 Nr. 7 der C. P. O. möglich, sondern es ist die Entscheidung auch als rechtsirrthümlich anfechtbar, wenn bei der richterlichen Würdigung der festgestellten Thatsachen, z. B. hinsichtlich des Umfangs der aus dem ehelichen Verhältniß entspringenden Pflichten und deren Erfüllung oder hinsichtlich der Abwägung des Gewichts des beiderseitigen Verschuldens, gegen Rechtsgrundsätze verstoßen worden ist. Urtheil des Reichsgerichts vom 6. Februar 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (151.) 230.

§ 525.

§ 525.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts über das Bestehen und den Inhalt von Gesetzen, auf deren Verletzung die Revision nach § 511 nicht gestützt werden kann, ist für die auf die Revision ergehende Entscheidung maßgebend.

§ 528 Abs. 4.

1. **Ein Ausspruch des Berufungsrichters, welcher einem Landesgesetze, auf dessen Verletzung die Revision nach § 511 der C. P. O. nicht gestützt werden kann, nicht einen bestimmten, konkret faßbaren Inhalt gibt, sondern sich darstellt als eine aus der dem Gesetze gegebenen Auslegung gezogene Folgerung, ist nicht als eine Entscheidung des Berufungsgerichtes anzusehen, welche nach § 525 C. P. O. für die auf die Revision ergehende Entscheidung maßgebend ist,** denn der § 525 l. c. bezeichnet nur den durch die Vorentscheidung festgestellten Inhalt eines Landesgesetzes als für die Re-

Digitized by Google

vision maßgebend, und es würde zu einer über diese Vorschrift weit hinausgehenden Begrenzung der Zulässigkeit des Rechtsmittels führen, wenn man auch einen Ausspruch, welcher nicht dem Landesgesetz einen bestimmten, konkret faßbaren Inhalt gibt, sondern sich nur darstellt als eine aus der dem Gesetze gegebenen Auslegung gezogene Folgerung, mit hineinziehen wollte in das der Revision verschlossene Gebiet. (R. G. 28. V. 80.) R. C. II. (109.) 394 bezw. (20.) 70. (R. C. X. (35.) 124.)

2. Die Bestimmung des § 525 setzt voraus, daß die Entscheidung des Berufungsgerichtes bezüglich einer nur in seinem Bezirk geltenden Rechtsnorm sich ausschließlich auf dem Boden des dortigen Partikularrechts bewege. Beruht dieselbe dagegen auf Rechtsnormen, deren Geltung sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, so ist sie im Falle der unrichtigen Anwendung oder der Nichtanwendung dieser Normen nach §§ 512, 525 anfechtbar. Dies ist bereits in den Motiven zu §§ 487, 488, 501, 502 des Entwurfs der R. C. P. O. unter II für den Fall hervorgehoben, daß ein Konflikt zwischen dem Reichsrecht oder gemeinen Recht und dem partikulären Recht in Frage steht. Dasselbe gilt aber auch, wenn die Frage des Bestehens einer partikularen Rechtsnorm nach Rechtsregeln zu entscheiden ist, welche für einen größeren Bezirk Geltung haben. **Die Revision kann daher darauf gestützt werden, daß das angefochtene Erkenntniß gegen die in Ermangelung partikularrechtlicher Bestimmungen auch in dem Bezirke des Berufungsgerichtes geltenden gemeinrechtlichen Grundsätze über Gewohnheitsrecht verstoße.** (R. G. 6. XI. 80.) R. C. II. (49.) 183. 184. A. III. (31.) 106.

3. Nach § 525 C. P. O. ist für die auf die Revision ergehende Entscheidung nur die Entscheidung des Berufungsgerichtes über das Bestehen und den Inhalt von Gesetzen, auf deren Verletzung die Revision nach § 511 nicht gestützt werden kann, maßgebend. **Die Frage dagegen, ob die aus den Bestimmungen dieser Gesetze gezogenen Folgerungen richtig sind oder auf Verletzung von Rechtsnormen beruhen, unterliegt der Prüfung des Revisionsgerichtes.** (R. G. 8. IV. 84.) R. C. XI. (42.) 209.

4. Sind auch gemäß § 525 C. P. O. die Entscheidungen des Berufungsgerichtes über das Bestehen und den Inhalt solcher Gesetze, auf deren Verletzung das Rechtsmittel der Revision nicht gegründet werden kann, und darunter auch der ausländischen Gesetze, für die Entscheidung des Revisionsgerichtes maßgebend, so ist doch **das Revisionsgericht nach § 528 berechtigt,** im Falle der Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses auch in dieser Beziehung insoweit, als dergleichen Entscheidungen des Berufungsgerichtes nicht vorhanden sind, **selbständig anderweit zu entscheiden,** und darf demnach für seine anderweite Entscheidung der Sache die Lücken und Unklarheiten der vorinstanzlichen Feststellung des ausländischen Rechtes ꝛc. durch eine nähere Feststellung desselben ergänzen. (R. G. 19. V. 82.) R. C. VII. (124.) 411. A. VI. (60.) 247. 248.

5. **Die Entscheidung des Berufungsgerichtes, daß eine Klagänderung vorliege, kann in der Revisionsinstanz selbst dann noch nachzuprüfen sein, falls irrevisibles Partikularrecht dabei im Spiele ist,** denn es kann in einem konkreten Falle die Sache so liegen, daß der mögliche Zweifel, ob eine Klagänderung anzunehmen sei oder nicht, gerade in den in Betracht kommenden materiellen Rechtsnormen seinen Sitz hat; wenn aber

Digitized by Google

diese in der, nach § 525 C. P. O. auch für die Revisionsinstanz maßgebenden Feststellung des Berufungsgerichtes ganz klar vorliegen, so bleibt nur noch die prozessualische Seite der Frage übrig, bei welcher es sich ausschließlich um die richtige Anwendung der Civilprozeßordnung handelt. (R. G. 5. IV. 84.) R. C. XIV. (120.) 428.

6. **Der Ausspruch des Berufungsgerichts, daß ein Rechtssatz dem formellen, nicht dem materiellen Prozeßrecht angehöre, bindet nach § 525 auch das Reichsgericht.** Erk. des Reichsgerichts vom 18. Juni 1880. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 86 S. 121.

7. **Die Feststellung über das Nichtbestehen eines lokalen Gewohnheitsrechtes ist gleich einer thatsächlichen mit dem Rechtsmittel der Revision nicht anfechtbar.** (R. G. 5. VII. 81.) R. C. V. (34.) 135.

8. **Die Revision kann nicht auf die Verletzung ausländischen Rechts gestützt werden. Die Feststellung des Inhalts ausländischer Gesetze durch den Berufungsrichter ist für den Revisionsrichter bindend.** Urtheil des Reichsgerichts vom 8. Januar 1881. Fenner u. Mecke, Archiv Bd. 2 S. 162. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 310 S. 483.

§ 526.

§ 526.

Ergeben die Entscheidungsgründe zwar eine Gesetzesverletzung, stellt die Entscheidung selbst aber aus anderen Gründen sich als richtig dar, so ist die Revision zurückzuweisen.

Die Revision ist nicht schon darum unzulässig, weil das Berufungsgericht die Berufung aus formellen, statt aus materiellen Gründen hätte verwerfen müssen. (R. G. 29. IX. 81.) R. C. V. (118.) 415.

§ 527.

§ 527.

Insoweit die Revision für begründet erachtet wird, ist das angefochtene Urtheil aufzuheben.

St. P. O. § 393 Abs. 1.

Erfolgt die Aufhebung des Urtheils wegen eines Mangels des Verfahrens, so ist zugleich das Verfahren insoweit aufzuheben, als es durch den Mangel betroffen wird.

§ 528.

§ 528.

Im Falle der Aufhebung des Urtheils ist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dasselbe hat die rechtliche Beurtheilung, welche der Aufhebung zu Grunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zu Grunde zu legen.

Das Revisionsgericht hat jedoch in der Sache selbst zu entscheiden:

1. wenn die Aufhebung des Urtheils nur wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältniß erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist;
2. wenn die Aufhebung des Urtheils wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs erfolgt.

Kommt in den Fällen der Nr. 1 und 2 für die in der Sache selbst zu erlassende Entscheidung die Anwendbarkeit von Gesetzen, auf deren Verletzung die Revision nach § 511 nicht gestützt werden kann, in Frage, so kann die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

§ 501 Nr. 9. St. P. O. §§ 394, 398 Abs. 1. Ger. K. G. § 31.

1. Abs. 1. **Das Berufungsgericht, an welches die Sache nach Aufhebung seines früheren Urtheiles zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen ist, muß die zurückgewiesene Sache als in dieselbe prozessualische Lage zurückgebracht erachten, in welcher sie vor Erlaß des aufgehobenen Urtheiles sich befand.** Nach wie vor ist der Streitgegenstand in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von Neuem zu verhandeln

Digitized by Google

(§ 487 C. P. O.), und sind die Parteien berechtigt, die bei der früheren Verhandlung zur Rechtfertigung ihrer Anträge gemachten Ausführungen zu wiederholen und durch weitere Argumente zu vervollständigen. (R. G. 4. XI. 81.) R. C. VI. (115.) 376. (S. auch 22. XII. 84 in R. C. XII. (121.) 408—412.)

2. **Stellung des Revisionsgerichtes einem Berufungsurtheile gegenüber, durch welches die Berufung wider ein den Klaganspruch dem Grunde nach, aber unter Beifügung einschränkender, auf die Liquidstellung des Anspruches abzielender Modifikationen für gerechtfertigt erklärendes Urtheil erster Instanz in Ansehung dieser Modifikationen als unzulässig, im Uebrigen als unbegründet zurückgewiesen worden ist.** Wenn das Gericht mit seiner Entscheidung in allen ihren Theilen ein Urtheil im Sinne des § 276 C. P. O. hat abgeben wollen und abgegeben hat, so ist die für die Zulassung der Berufung erforderliche Voraussetzung in Ansehung der ganzen Entscheidung erster Instanz vorhanden. **Hat sich nun das Gericht erster Instanz bei Abgabe des Urtheils insofern im Irrthume befunden, als nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung den in dem Urtheile getroffenen Festsetzungen in einem nach § 276 C. P. O. zu beurtheilenden Erkenntnisse kein Raum hätte gegeben werden dürfen, so kann dies in der Zulässigkeit der Berufung nichts ändern.** Das Berufungsgericht hat alsdann das Urtheil erster Instanz insoweit, als dasselbe Festsetzungen enthält, welche der Rechtskraft nicht fähig sind, abzuändern und diese Festsetzungen zu beseitigen, es darf aber die Berufung nach dieser Richtung nicht als unzulässig zurückweisen. (Von gleichen Grundsätzen ist das Reichsgericht bereits in mehreren Entscheidungen ausgegangen. Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 6 S. 421, 429; Bd. 8 S. 363.) Ein solches Berufungsurtheil kann sonach insoweit nicht bestehen bleiben, als es die Berufung für unzulässig erklärt. **Die Frage, ob das Gericht erster Instanz mit seinem Erkenntnisse in allen seinen Theilen ein der Bestimmung des § 276 C. P. O. unterliegendes Urtheil habe abgeben wollen und abgegeben habe, ist der Entscheidung des Berufungsgerichtes nicht entzogen. Die Erforschung des Sinnes eines Urtheils steht der Revision gegenüber nicht auf gleicher Stufe mit der Ermittelung und Feststellung der bei Vornahme eines Rechtsgeschäftes bestimmend gewesenen Absicht der Betheiligten.** Dies ist vom Reichsgerichte bereits in dem Urtheile vom 4. Juli 1882 (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 7 S. 351) in einem Falle ausgesprochen, in welchem es sich um die Frage gehandelt hat, ob das Reichsgericht an die Auslegung gebunden ist, die das Berufungsgericht bei Prüfung der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache dem in einem Vorprozesse gesprochenen Urtheile gegeben hatte. Die Befugniß freier Prüfung eines ergangenen Urtheiles ist seitens des Reichsgerichts um so mehr in Anspruch zu nehmen, wenn es sich nicht um die Auslegung eines in einem früheren Prozesse ergangenen Urtheiles, sondern um eine in einer Vorinstanz desselben Prozesses getroffene Entscheidung handelt. Hat aber das Revisionsgericht den Sinn des ergangenen Urtheiles frei zu prüfen, so steht ihm diese Prüfung und die Feststellung der Bedeutung des Urtheiles auch in einem Falle zu, in welchem das Berufungsgericht die Frage, welchen Sinn das auszulegende Urtheil habe, seinerseits nicht erörtert hat. Das Revisionsgericht kann aber bei Aufhebung des Berufungs-

Digitized by Google

urtheiles, soweit die Berufung als unzulässig zurückgewiesen worden ist, nicht in der Sache selbst erkennen. Einer der Ausnahmefälle des § 528 C. P. O., in denen das Revisionsgericht bei Aufhebung des Berufungsurtheiles in der Sache zu entscheiden hat, liegt nicht vor. Die Entscheidung über die Berufung ist daher vom Berufungsgerichte zu treffen. In die Sache selbst würde also seitens des Revisionsgerichtes nur insoweit eingetreten werden können, als die Berufung für unbegründet erachtet und deßhalb zurückgewiesen worden ist. Es fragt sich aber, ob eine solche Theilung hier angezeigt ist. Die Vorschrift des § 276 C. P. O. schließt nicht aus, daß bei Abgabe eines Urtheiles über den Grund des Anspruches mit Vorbehalt einer Entscheidung über den Betrag der Grund des Anspruches in der Urtheilsformel selbst durch Angabe der Thatsachen, aus denen er sich zusammensetzt, näher bestimmt und begrenzt wird. Es ist also nicht anzunehmen, daß in einem nach § 276 C. P. O. zu erlassenden Urtheile andere Festsetzungen als die, daß der Klaganspruch seinem Grunde nach gerechtfertigt sei, überall nicht enthalten sein dürfen. Im vorliegenden Falle aber greifen auch die Grundsätze von der relativen Rechtskraft Platz. Ist nämlich die Berufung gegen das Urtheil erster Instanz seinem ganzen Inhalte nach zulässig, so folgt, daß das Urtheil insoweit Rechtskraft erlangt, als es durch Rechtsmittel nicht angegriffen wird. Nach den Grundsätzen von der relativen Rechtskraft gelten also die Festsetzungen des Urtheiles gegen die Prozeßpartei, welche sich bei dem Urtheile beruhigt hat. Auf die Berufung der Gegenpartei ist daher zu prüfen, inwieweit derselben die Festsetzungen des Urtheiles gegründete Veranlassung zur Beschwerde geben. Und insoweit ist das Urtheil aufzuheben oder abzuändern. Dies muß nachgeholt werden, bevor der ganze Prozeßstoff der Prüfung und Entscheidung des Revisionsgerichtes in der Sache selbst unterstellt werden kann. Und es fragt sich, ob nicht zwischen dem Prozeßstoffe, der jetzt formal der Prüfung und Entscheidung des Revisionsgerichtes unterliegt, und dem Prozeßstoffe, der erst nach der Entscheidung des Berufungsgerichtes unterbreitet werden muß, ein so enger Zusammenhang besteht, daß das gesonderte Eingehen auf jenen Prozeßstoff unthunlich erscheint und die Nöthigung vorliegt, das ganze Urtheil zweiter Instanz als prozeßordnungswidrig erlassen aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung von den aufgestellten prozessualischen Gesichtspunkten aus in die Berufungsinstanz zurückzuweisen. Diese Frage ist zu bejahen. Es erscheint unthunlich, den Prozeßstoff in der Weise zu trennen, daß neben der auszusprechenden Aufhebung des Berufungsurtheiles und der Zurückweisung der Sache in die Berufungsinstanz, soweit die Berufung für unzulässig erachtet worden, eine Entscheidung über die Begründetheit der Revision, soweit die Berufung als zulässig angesehen, aber als unbegründet zurückgewiesen worden ist, abgegeben und zum Zwecke dieser letzteren Entscheidung auf die Frage, ob der vom Kläger behauptete Anspruch mit Recht als dem Grunde nach für rechtsbeständig erachtet worden sei, näher eingegangen werde. Beide Punkte hängen so zusammen, daß eine Trennung des Prozeßstoffes in der gedachten Weise zu größeren prozessualischen Mißständen, als sie schon vorliegen, führen müßte, während eine gleiche Behandlung der beiden Punkte den Prozeßgang wieder zu einem geordneten zu machen geeignet erscheint. (R. G. 16. I. 1885.) R. C. XIII. (109.) 401—406.

Digitized by Google

3. **Wird eine Sache zur anderweiten Verhandlung an das Gericht unterer Instanz zurückverwiesen, so bildet das weitere Verfahren mit dem früheren Verfahren vor diesem Gerichte im Sinne des § 28 G. K. G. eine Instanz.** (R. G. 19. XII. 83.) R. C. X. (140.) 426.

4. **Ueber die Grundsätze, welche für die Berechnung, Einziehung und Niederschlagung der Gerichtskosten der Revisionsinstanzen gelten, wenn auf Revision des Beklagten das Berufungsurtheil wegen mangelhaften Thatbestandes aufgehoben, die Sache unter Vorbehalt der Entscheidung über den Kostenpunkt für das Endurtheil in die Berufungsinstanz zurückverwiesen, gegen das anderweite Berufungsurtheil von beiden Streittheilen Revision eingelegt, die Revision des Beklagten zurückgewiesen, auf des Klägers Revision zu dessen Gunsten erkannt ist und die Kosten des Rechtsstreites dem Beklagten auferlegt sind,** s. (R. G. 19. XII. 83.) bei § 500 ad R. C. X. (140.) 426. 427.

5. **Abs. 2. Bei Aufhebung eines Berufungsurtheils durch das Revisionsgericht und Zurückverweisung der Sache in die Berufungsinstanz sind der Verhandlung und den Anträgen der Parteien nur die Schranken des § 528 Abs. 2 der R. C. P. O. gezogen. Insbesondere gelten für die Verhandlung über die Anschlußberufung die allgemeinen Grundsätze.** Es ist dies nicht außer allem Zweifel. Die R. C. P. O. gibt darüber nur die eine ausdrückliche Vorschrift in § 528 Abs. 2, es habe das Berufungsgericht in einem solchen Falle die rechtliche Beurtheilung seiner Entscheidung zu Grunde zu legen, welche der Aufhebung zu Grunde gelegt worden ist. Die Motive zum Entwurf der R. C. P. O. geben ebenfalls einen näheren Anhalt nicht, und in den Kommentaren findet sich nur bei Levy und von Wilmowsky, Ausgabe II S. 616 Anm. 3, eine Bemerkung, welche, ohne Gründe dafür anzugeben, die Grundsätze von der relativen Rechtskraft, wie sie das frühere preußische Obertribunal für das Gebiet des früheren preußischen Prozeßrechts aufgestellt hatte, auch noch jetzt für anwendbar erklärt. Für den vorliegenden Fall genügt es, festzustellen, daß bei einer Zurückverweisung in die Instanz die Sache jedenfalls in dieselbe Lage für beide Parteien, in welcher sie sich befand, als sie zum ersten Male in die Berufungsinstanz gelangte, insoweit zurückversetzt wird, inwieweit das frühere Urtheil von der Aufhebung betroffen worden ist, abgesehen von der erwähnten im § 528 Abs. 2 der R. C. P. O. vorgesehenen Einschränkung. Sollte ein anderes gelten und sollten die für die Verhandlung in der Berufungsinstanz, namentlich für die Anschlußberufung im Allgemeinen gegebenen Vorschriften bei der erneuten Verhandlung nicht in vollem Umfange zur Anwendung kommen, so hätte es besonderer Bestimmungen bedurft. (R. G. 20. XII. 82.) A. VII. (92.) 290. 291.

6. **Das Urtheil des Revisionsgerichts, welches eine Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückweist, bindet dieses nur insofern, als es nach § 528 Abs. 2 der C. P. O. von der Rechtsansicht, welche der Aufhebung zu Grunde liegt, nicht abweichen darf; im Uebrigen ist aber seine Beurtheilung frei und gelten die allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren in der Berufungsinstanz. Es können daher neue rechtliche Gesichtspunkte, sowie neue Thatsachen vorgebracht und berücksichtigt werden. (§ 491 der C. P. O.)** Urtheil des

Digitized by Google

Reichsgerichts vom 29. November 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 271 S. 373.

7. **Das Berufungsgericht, an welches nach Aufhebung eines Urtheils die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen wird, ist zwar nach § 528 an die rechtliche Beurtheilung, welche der Aufhebung zum Grunde liegt, gebunden. Das thatsächliche Material jedoch, welches sich aus den Prozeßverhandlungen ergibt, unterliegt bei dem anderweiten Verfahren von Neuem der selbständigen richterlichen Beurtheilung.** (R. G. 7. V. 83.) A. VIII. (41.) 167. 168.

8. **Der Berufungsrichter, welcher abändernd auf einen Eid des Berufungsklägers erkannt hatte, ist, nachdem dieses Urtheil auf die Revision des Gegners uneingeschränkt aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an ihn zurückverwiesen war, durch eine relative Rechtskraft jenes Urtheiles nicht verhindert, auf Grund der neuen Verhandlung unbedingt (ohne Eid) nach dem Antrage des Berufungsklägers zu erkennen.** (Zu vgl. Wilmowsky-Levy, Kommentar 3. Aufl. Note 3 zu § 528 C. P. O.; v. Kries, Rechtsmittel S. 333 ff. bes. 359; Bierhaus in Busch, Zeitschrift für Civilprozeß Bd. 6 S. 237 ff.; Struckmann, ebendaselbst S. 391 ff.) Wenn auch für die Revisionsinstanz das Verbot der reformatio in pejus besteht und im § 522 R. C. P. O. deutliche Anerkennung gefunden hat (vgl. Seuffert, Kommentar 2. Aufl. S. 1 zu diesem Paragraphen), so ist dasselbe doch selbstverständlich nur für die vom Revisionsgerichte zu treffende Entscheidung maßgebend, das heißt das Revisionsgericht darf nicht, ohne Anschlußrevision, zum Nachtheile des Revisionsklägers und ebensowenig über die gestellten Anträge hinaus abändern oder aufheben; die Tragweite der ergangenen Entscheidung ist dagegen lediglich nach ihrem Inhalte festzustellen. Ist durch diese die uneingeschränkte Aufhebung des Berufungsurtheiles und die Zurückverweisung der Sache in die Berufungsinstanz erfolgt, so gibt es, da die Civilprozeßordnung weitere Vorschriften hierüber nicht enthält, für das anderweit erkennende Berufungsgericht nur die eine im § 528 Abs. 2 a. a. O. aufgerichtete Schranke, daß dasselbe die rechtliche Beurtheilung, welche der Aufhebung zu Grunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zu Grunde zu legen hat. Im Uebrigen wird die Sache, sofern nicht sonstige rechtskräftige Zwischenentscheidungen ergangen und von der Aufhebung unberührt geblieben sind, in die nämliche Lage zurückversetzt, als wenn der Berufungsrichter zum ersten Male zu erkennen hätte. So wenig daher die Parteien an neuem Vorbringen verhindert sind, ebensowenig ist der Richter an seine eigenen früheren Rechtsansichten, thatsächlichen Feststellungen oder Beweiswürdigungen gebunden. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 6 S. 374 ff.) Von diesem Standpunkte aus hat es bereits der V. Civilsenat des Reichsgerichts in dem Urtheile vom 20. Dezember 1882 (i. S. Voigt w. Bauendahl, Rep. V. 544/82) mit Recht für zulässig erklärt, daß der Berufungsbeklagte, welcher sich bei dem zuerst ergangenen Berufungsurtheile beruhigt hatte, nachdem dasselbe auf die Revision des Gegners ohne Einschränkung aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung in die zweite Instanz zurückgewiesen war, in dieser noch Anschlußberufung einlegen und hierdurch eine ihm noch günstigere Entscheidung erlangen

Digitized by Google

könne. Ist nun aber dies den Vorschriften der Civilprozeßordnung durchaus entsprechend, so kann es dem Berufungsrichter auch sonst nicht verwehrt sein, auf Grund des Ergebnisses der neuen Verhandlung, *sofern ihm die Berufungsanträge dies gestatten*, noch mehr zu Gunsten des früheren Revisionsbeklagten zu erkennen, wobei es offenbar gleichgültig ist, ob dieser sich bei dem aufgehobenen Berufungsurtheile beruhigt hatte oder mit der gleichfalls dagegen eingelegten Revision nicht durchgedrungen war. Wie nothwendig es nach der Struktur des geltenden Prozeßrechtes ist, dem Berufungsrichter innerhalb der gedachten Grenzen Freiheit der Entscheidung zu gewähren, zeigt sich namentlich in dem Falle des Versäumnißverfahrens. Denn wenn der Berufungskläger, welcher die gänzliche Aufhebung eines in gewisser Hinsicht ihm günstigen Berufungsurtheiles mittels der Revision beantragt und erlangt hatte, in dem anderweiten Verhandlungstermine ausbleibt, so muß, auf Antrag des erschienenen Gegners, die Berufung völlig zurückgewiesen (§§ 504. 295 a. a. O.), mithin für den Berufungskläger ungünstiger erkannt werden als früher geschehen, wo wenigstens einigermaßen (z. B. durch Auferlegung eines Eides) seiner Berufungsbeschwerde stattgegeben war. Das nämliche wird der Fall sein müssen, wenn in dem aufgehobenen Urtheile auf einen von dem früheren Revisionskläger dem Gegner *zugeschobenen* Eid erkannt war, die Eideszuschiebung in dem neuen Verfahren nicht wiederholt und im Uebrigen in der Sachlage nichts geändert ist. Gibt es aber Fälle, in denen eine Gebundenheit des Berufungsrichters durch die sogenannte relative Rechtskraft des aufgehobenen Urtheiles unmöglich angenommen werden kann, so ist solche überhaupt nicht anzuerkennen, zumal sie mit dem Grundsatze der Freiheit der neuen Verhandlung, durch welche letztere erst wieder die thatsächliche Grundlage des neuen Urtheiles hergestellt werden muß, an sich schwer zu vereinigen ist. Die entgegengesetzte Auffassung stützt sich vornehmlich auf die Annahme, daß das neue Verfahren in der Berufungsinstanz ein Theil des durch die Einlegung der (ersten) Revision eröffneten Verfahrens in der Revisionsinstanz sei. Allein diese Annahme findet in den Vorschriften der Civilprozeßordnung nicht die mindeste Rechtfertigung und ist mit der Zulässigkeit der Revision gegen das anderweite Berufungsurtheil nicht verträglich. — Auf die abweichende Praxis des vormaligen preußischen Obertribunales (vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 38 S. 370; *Striethorst*, Arch. Bd. 18 S. 128, Bd. 80 S. 21) kann kein Gewicht gelegt werden, weil dieselbe auf einer durchaus verschiedenen Prozeßgesetzgebung beruhte. Die *ausdrückliche* Vorschrift der Strafprozeßordnung aber, daß, falls das aufgehobene Urtheil nur von dem Angeklagten oder zu dessen Gunsten angefochten worden, das neue Urtheil eine härtere Strafe, als früher erkannt war, nicht verhängen dürfe (§ 398 Abs. 2 a. a. O.), spricht bei dem nahen Zusammenhange derselben mit der Civilprozeßordnung (vgl. Motive der letzteren bei *Hahn* S. 145) mehr für, als gegen die Annahme, daß man einen entsprechenden Grundsatz für den Civilprozeß nicht hat aufstellen wollen. Die Frage, ob und inwieweit den möglicherweise für den Revisionskläger gefährlichen Folgen der totalen Aufhebung des Berufungsurtheiles durch vorsichtige Fassung des Revisionsantrages und dementsprechende Einschränkungen der Aufhebung von Seiten des Revisionsrichters vorgebeugt

Digitized by Google

werden könne, steht hier nicht zur Erörterung und kann daher auf sich beruhen. (R. G. 22. XII. 84.) R. C. XII. (121.) 408—412.

9. **Zulässigkeit der Anschlußberufung nach Zurückverweisung der Sache in die Berufungsinstanz.** Die Frage ist nicht ohne Zweifel, welche Grenzen der Verhandlung und den Anträgen der Parteien zu stecken sind, wenn durch den Revisionsrichter unter Aufhebung eines Berufungsurtheils die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die Berufungsinstanz zurückverwiesen wird. (S. hierüber oben unter Ziff. 5). Ist das Berufungsurtheil vollständig aufgehoben worden und unterzieht der Berufungsrichter bei der neuen Verhandlung den ganzen Anspruch der Klage seiner Entscheidung, so darf dem Beklagten die Anschlußberufung nicht versagt werden. Urtheil des Reichsgerichts vom 20. Dezember 1882. R. A. 1883, beſ. Beil. 2 S. 10. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 280 S. 362. 363.

10. **S. hierüber bei § 524** ad R. C. VII. (106.) 351—353.

11. **Abs. 3, Ziff. 1. „Reife zur Endentscheidung"** im Sinne des § 528 Abs. 3 Nr. 1 der C. P. O. mit Rücksicht auf die Fälle des § 500 eodem. (R. G. 25. VI. 81.) R. C. V. (23.) 94.

12. **Ziff. 2.** Ueber **„Unzulässigkeit des Rechtsweges"** s. § 247 Ziff. 2 ad R. C. VIII. (97.) 349. 350.

§ 529.

§ 529.

Die für die Berufung geltenden Vorschriften über die Anfechtbarkeit der Versäumnißurtheile, über die Verzichtleistung auf das Rechtsmittel und die Zurücknahme desselben, über die Vertagung der mündlichen Verhandlung, über die Verhandlung prozeßhindernder Einreden, über die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsmittels, über den Vortrag der Parteien bei der mündlichen Verhandlung und über die Einforderung und Zurücksendung der Prozeßakten finden auf die Revision entsprechende Anwendung.

§§ 474—476, 486, 488, 490, 497, 506. Ger. K. G. § 26 Nr. 5, 6. R. A. G. O. § 20.

1. **Ein Versäumnißurtheil, gegen welches ein Einspruch statthaft ist, kann von der Partei, gegen welches es erlassen ist, mit der Revision nicht angegriffen werden.** Es ergibt sich dies aus den unzweifelhaften Bestimmungen der §§ 529. 474 der C. P. O. (R. G. 20. VI. 83.) R. C. X. (128.) 403.

2. Ueber **Zurücknahme der Revision** (R. G. 11. I. 82.) s. § 520 ad R. C. VI. (110.) 364—367.

3. Die Zurücknahme der Revision, welche vor der mündlichen Verhandlung erfolgte, ist zwar nach §§ 529 und 476 Abs. 1 der Reichs-Civilprozeßordnung nicht an die Einwilligung des Revisionsbeklagten gebunden, sondern auch ohne solche Einwilligung zulässig. Sie hat aber den Verlust des Rechtsmittels und noch weiteres zur Folge, daß der das Rechtsmittel Zurücknehmende auch die durch dasselbe entstandenen Kosten tragen muß (§ 476 Abs. 3 a. a. O.). **Nach Zurücknahme einer Revision ohne gleichzeitige Bereitwilligkeitserklärung zur Zahlung der Kosten muß** daher **die Verpflichtung dazu auf Antrag des Gegners durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden.** (B. O. L. 7. VI. 84.) S. X. (166.) 453.

4. Das Vorhandensein der Revisionssumme ist von Amts wegen zu prüfen, auch **wenn Einverständniß der Parteien über das Vorhandensein derselben vorliegt.** (R. G. 3. VI. 81.) A. IV. (26.) 80.

Digitized by Google

5. **Mängel der Rechtsmitteleinlegung können durch Zustimmung des Gegners nicht geheilt werden.** (R. G. 12. V. 83.) S. bei § 497 ad R. C. X. (124.) 401.

Dritter Abschnitt.

Beschwerde.

1. Zulässigkeit.

§ 530. **§ 530.**

Das Rechtsmittel der Beschwerde findet in den in diesem Gesetze besonders hervorgehobenen Fällen und gegen solche eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen statt, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist.

§§ 46, 49, 68, 97, 99, 118, 126, 229, 290, 301, 345, 352, 355, 367, 391, 579, 604, 619, 621, 701, 813, 815, 829. Konk. O. 66. Nicht statthaft: §§ 37 Abs. 2, 131—138, 141—143, 323, 426.

1. Der Ausdruck **„das Verfahren"** ist offenbar nicht im engeren Sinne, als Gegensatz zu dem Gegenstande einer Entscheidung, sondern als gleichbedeutend mit „den Rechtsstreit" zu nehmen. (R. G. 15. II. 82.) R. C. VI. (121.) 391.

2. Die Ansicht derjenigen Schriftsteller, nach welchen in **Sachen, die bei einem Amtsgerichte anhängig sind, Beschwerden an das Reichsgericht** nicht erwachsen können (Brettner in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß, Jahrgang I. S. 247 ff.; von Annberg, Mecklenburgische Verordnungen zur Ausführung der Reichsjustizgesetze S. 8), kann nicht gebilligt werden, indem die R. C. P. O. in Verbindung mit § 135 Nr. 2 des R. G. V. G. für eine solche Beschränkung keinen Anhalt gewährt. (R. G. 5. II. 80.) A. I. (64.) 329.

3. **Die Beschwerde gegen einen Beschluß, welcher eine Kostenfestsetzung ablehnt, ist nicht eine sofortige, sondern eine gewöhnliche Beschwerde.** (R. G. 15. II. 82.) R. C. VI. (121.) 390.

4. **Verhältniß der Fälle der sofortigen Beschwerde zu der allgemeinen Schlußbestimmung des § 530 C. P. O.** Die sofortige Beschwerde ist im Sinne der Civilprozeßordnung nicht etwa ein besonderes, von der gewöhnlichen Beschwerde verschiedenes Rechtsmittel, sodaß gegebenen Falles diese beiden Rechtsmittel der betroffenen Partei zur Auswahl stehen könnten; sondern die Eigenschaft der Beschwerde als „sofortiger" ist nur eine für gewisse Fälle vorgesehene Qualifikation des einen Rechtsmittels der Beschwerde, welche immer da eintritt, wo überhaupt nach besonderer Vorschrift der Civilprozeßordnung die sofortige Beschwerde stattfindet, gleichviel ob im einzelnen Falle zugleich auch schon nach der allgemeinen Vorschrift des § 530 eine Beschwerde gegeben sein würde. Dies wird ganz klar gestellt dadurch, daß in § 229 C. P. O. für den Fall der Ablehnung eines Gesuches um Aussetzung des Verfahrens die sofortige Beschwerde gegeben wird, was bei Zugrundelegung der entgegengesetzten Auffassung deßhalb zwecklos sein würde, weil in diesem Falle unzweifelhaft auch schon nach § 530 vgl. mit § 225 daselbst die Beschwerde Platz greift. (R. G. 8. XI. 84.) R. C. XV. (127.) 431—433.

Digitized by Google

5. **Beschwerden gibt es nach der C. P. O. nur gegen Entscheidungen, nicht gegen bloße Unterlassungen der Gerichte**; insbesondere ist nirgends in einem Gesetz eine **Beschwerde wegen Unterlassung der Verlängerung einer Frist von Amts wegen** zugelassen, und zwar dies um so weniger, als nach § 203 Abs. 3 der C. P. O. sogar die ausdrückliche Verwerfung eines Gesuchs um Verlängerung einer Frist keiner Beschwerde Raum gibt. Beschluß des Reichsgerichts (1. Sen.) vom 21. September 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (75.) 115. 116.

6. **Gegen die Verlegung eines Termines oder die Vertagung einer Verhandlung gibt es keine Beschwerde.** Solche Akte des Gerichtes geben nach der Civilprozeßordnung keinen Beschwerdegrund ab; denn eine besondere Bestimmung dieses Inhaltes findet sich nirgends in derselben, und unter die allgemeine Bestimmung des § 530 fallen sie deßhalb nicht, weil durch sie nicht ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen wird. (R. G. 17. III. 84.) R. C. XV. (119.) 422.

7. **Demjenigen, von welchem Gerichtskosten eingefordert werden, wird durch § 4 des G. K. G. vom 18. Juni 1878 eine Beschwerde bei Gericht nicht gewährt; dieser Paragraph bezieht sich vielmehr, wie die Motive zu demselben bestätigen, nur auf Erinnerungen in Betreff der Höhe der geforderten Kosten.** Eine solche Beschwerde ist auch nicht nach den allgemeinen Grundsätzen des § 530 der R. C. P. O. zulässig; denn die Einforderung und Einziehung der Gerichtskosten zur fiskalischen Kasse ist im Sinne des gedachten Paragraphen nicht zu dem Verfahren im Civilprozesse zu rechnen. (R. G. 8. X. 83.) A. VIII. (116.) 437.

§ 531.

§ 531.

Ueber die Beschwerde entscheidet das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht.

Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts findet, soweit nicht in derselben ein neuer selbstständiger Beschwerdegrund enthalten ist, eine weitere Beschwerde nicht statt.

G. V. G. §§ 71, 123 Nr. 4, 135 Nr. 2. Einf. G. z. G. V. G. § 8 Abs. 1.

1. **Abs. 1. Wenn gegen den Beschluß des Oberlandesgerichts betreffs der Beschwerde gegen eine beim Amtsgerichte anhängige Sache ein neuer selbständiger Beschwerdegrund geltend gemacht wird, ist eine Beschwerde an das Reichsgericht zulässig.** (R. G. 5. I. 80.) R. C. I. (84.) 230. (S. auch R. C. I. (86.) 233.

2. **Die Staatskasse** (vertreten in Preußen durch den Staatsanwalt) **hat ein selbständiges Beschwerderecht gegen die Entscheidung des Gerichts über die Festsetzung des Streitgegenstandes**, und zwar: „In Erwägung, daß Erinnerungen der Staatskasse gegen „den Ansatz von Gebühren oder Auslagen" zulässig sind, und daß gegen die Entscheidung des Gerichtes hierüber die Beschwerde nach Maßgabe der §§ 531—538 der R. C. P. O. zulässig ist (§ 4 des G. K. G.); in Erwägung, daß unter dem Ausdrucke „Ansatz von Gebühren oder Auslagen" nicht nur der aus dem Kostentarife entlehnte bestimmte Geldansatz zu verstehen ist, sondern daß darunter auch der Werth des Streitgegenstandes fällt; in Erwägung, daß solcher schon aus der Bedeutung und aus dem Einflusse des Werthes des Streitgegenstandes auf den Kostenansatz und aus dem Zwecke des Beschwerderechtes von selbst folgt (§ 9 a. a. O.); in Erwägung, daß die Entscheidung über den Werth des Streitgegenstandes zwar maßgebend ist für

Digitized by Google

die Zuständigkeit des Prozeßgerichtes, daß im Uebrigen aber die erforderliche Werthfestsetzung durch eine der Beschwerde der „Betheiligten" unterliegende Entscheidung des Gerichtes erfolgt, daß gegen diese Entscheidung eine Beschwerde wie im § 4 a. a. O. stattfindet und daß beide Beschwerden, weil gleichartige Fälle betreffend, einander ganz gleichgestellt sind (§§ 15, 16 a. a. O. und Motive zu denselben und zu § 4). (R. G. 28. XII. 83.) A. IX. (56.) 272. 273.

3. **Bei Gelegenheit einer auf Herabsetzung des festgesetzten Streitgegenstandswerthes gerichteten Beschwerde darf das Beschwerdegericht diesen Werth von Amts wegen nicht noch höher festsetzen.** Die entsprechende Bestimmung in Ansehung der Werthfestsetzung ist in § 16 G. K. G. enthalten. Allerdings ordnet auch § 16 an, daß die Werthfestsetzung von dem Gerichte der höheren Instanz von Amts wegen geändert werden könne. Es darf aber nicht unbeachtet bleiben, daß eine solche Aenderung nach § 16 Abs. 1 nur „im Laufe des Verfahrens" soll stattfinden können, d. h. also: wenn die Sache selbst durch den Lauf des Verfahrens an das Gericht höherer Instanz erwächst. Daß unter demjenigen Verfahren, von dessen Laufe dort die Rede ist, nicht etwa auch ein solches Verfahren mitverstanden ist, welches gerade nur eine über die Höhe der Werthfestsetzung erhobene Beschwerde trifft, erhellt auch daraus, daß allererst im Abs. 2 des § 16 diese Beschwerde in das Gesetz eingeführt wird, als ein Rechtsmittel, welches gegen alle im Abs. 1 erwähnten Beschlüsse, sowohl gegen die ursprünglichen Werthfestsetzungsbeschlüsse, als auch gegen die „im Laufe des Verfahrens" von Amts wegen ergehenden abändernden Beschlüsse, stattfinden soll. Der sonst für die Beschwerde geltende Grundsatz, daß auf dieselbe keine Abänderung zum Nachtheile des Beschwerdeführers erfolgen dürfe, ist durch die die Aenderung von Amts wegen betreffende Bestimmung des § 16 Abs. 1 G. K. G. ebensowenig berührt, wie z. B. die Vorschrift des § 531 Abs. 2 C. P. O., wonach ohne neuen selbständigen Beschwerdegrund keine weitere Beschwerde zugelassen wird (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 6 S. 410 ff.). (R. G. 14. III. 85.) R. C. XIV. (100.) 352—354.

4. Die Anwendung des § 4 des Gerichtskostengesetzes ist nicht auf diejenigen Fälle beschränkt, in welchen die Höhe angesetzter Gebühren oder die Nothwendigkeit angesetzter Auslagen den Gegenstand der Erinnerung bilden. Jene Gesetzesstelle bezieht sich vielmehr auf alle Fälle, in denen durch Erinnerung, eventuell im Beschwerdewege geltend gemacht wird, daß Kosten unter Verletzung von Normen des Gerichtskostengesetzes angesetzt seien; namentlich also auf diejenigen Fälle, in denen eine Verletzung von (sei es unmittelbar ausgesprochenen, sei es mittelbar durch Bezugnahme im § 92 einbegriffenen) Bestimmungen des sechsten und siebenten Abschnittes jenes Gesetzes gerügt wird. (**Vereinigte Civilsenate.** Beschluß vom 15. Februar 1886.) R. C. XVI. (69.) 291 ff.

5. **Abs. 2. Zweck der Vorschrift in § 531 Abs. 2 ist,** wie auch die Motive zu dem Gesetzentwurfe durch die Worte: „Die Vorschrift in Abs. 2 entspricht der Ausschließung der Revision gegen gleichlautende Urtheile der beiden unteren Instanzen" bestimmt ergeben, **die dritte Instanz auszuschließen, wenn in den beiden unteren Instanzen gleichlautende Entscheidungen ergangen sind, wenn über denselben Streitpunkt zweimal zu Un-**

Digitized by Google

gunsten des Beschwerdeführers erkannt worden ist. (R. C. I. (86.) 233.) Dabei ist für die Frage, ob zwei gleichlautende Entscheidungen vorliegen, lediglich der Inhalt der Entscheidungen selbst maßgebend, nicht die Entscheidungsgründe, und auch in dem Falle, **wenn der Beschwerdeführer auf Grund des § 533 seine Beschwerde auf neue Thatsachen gestützt hat**, der Beschwerdeführer aber die Beschwerde zurückweist, also die angefochtene Verfügung aufrecht erhält, liegen zwei gleichlautende, eine weitere Beschwerde ausschließende Entscheidungen vor, weil der den Gegenstand der Beschwerde bildende Streitpunkt zweimal übereinstimmend entschieden ist. (R. G. 11. XI. 79.) R. C. I. (81.) 223—225. S. A. Bd. 35 bezw. 5 Nr. 259 S. 378. (B. O. L. 2. VII. 80.) S. A. Bd. 35 bezw. 5 Nr. 328 S. 482. 483.

6. Der Vorschrift des § 531 Abs. 2 C. P. O. liegt das Prinzip zu Grunde, daß zwei *ihrem Inhalte nach* gleichlautende Entscheidungen eine weitere Beschwerde ausschließen sollen. Dieses Prinzip der sogenannten duae conformes hat dann, wenn drei Instanzen bestehen, die naturgemäße Folge, daß es nicht anders zur Anwendung kommen kann, als wenn zwei übereinstimmende Entscheidungen *unmittelbar aufeinander gefolgt* sind. Allein das Wesen des gedachten Prinzips ist nicht hierin, sondern allein in dem gesetzgeberischen Gedanken zu suchen, daß ein weiteres Rechtsmittel nicht nöthig erscheine, wenn über den gleichen Gegenstand zweimal in gleichem Sinne entschieden worden sei. Von diesem Gedanken ausgegangen, kann es in Fällen der gerichtlichen Beschwerde, wo vier Instanzen gegeben sind, nicht darauf ankommen, ob die gleichlautenden Entscheidungen unmittelbar aufeinander gefolgt sind oder nicht. Wenn und sobald im Laufe des Beschwerdeverfahrens zwei konforme Entscheidungen vorliegen, muß der weitere Beschwerdezug aufhören. Ob diese Uebereinstimmung in der zweiten oder dritten Instanz erreicht wird, erscheint nicht erheblich; denn **der Umstand, daß zwischen den gleichlautenden Entscheidungen der ersten und dritten Instanz eine anders lautende in Mitte liegt, beseitigt die rechtlichen Folgen der Thatsache nicht, daß mit der dritten Instanz die Konformität zweier Entscheidungen eingetreten ist.** Unterliegt eine Partei in der ersten *und* zweiten Instanz, so steht ihr nach der hierin nicht bestrittenen Vorschrift des § 531 Abs. 2 C. P. O. eine weitere Beschwerde nicht zu, weil zweimal zu ihren Ungunsten entschieden worden ist. Die Partei befindet sich aber in keiner wesentlich anderen Lage, wenn erst die dritte Instanz die ihr ungünstige Entscheidung der ersten Instanz bestätigt; denn auch in diesem Falle hat sie, falls sie zur weiteren Beschwerde schreiten will, zwei konforme Entscheidungen gegen sich und kann die bloße Bestätigung einer früheren Entscheidung nicht als einen *neuen*, die Ergreifung der weiteren Beschwerde rechtfertigenden Beschwerdegrund geltend machen. Wollte gleichwohl in solchen Fällen im Hinblick auf die abweichende Entscheidung der Zwischeninstanz eine Anrufung der vierten Instanz gestattet werden, so würde man zu dem eines inneren Grundes entbehrenden Resultate gelangen, daß zwar eine weitere Beschwerde abgeschnitten ist, wenn das *Landgericht* die zweite konforme Entscheidung gefällt hat, wogegen, wenn diese Entscheidung von dem mit größeren Garantieen für richtige Rechtsprechung ausgestatteten *Oberlandesgericht* ausgegangen ist, eine weitere Beschwerde gestattet

Digitized by Google

wäre. (R. G. 22. X. 80.) R. C. II. (119.) 413—415. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 165 S. 244. 245. (R. C. IV. (99.) 362.)

7. Der Wortlaut des „die weitere Beschwerde" in die Prozeßordnung einführenden § 531 Abs. 2 der C. P. O., welcher eine Beschränkung auf die Person des ursprünglichen Beschwerdeführers nicht erkennen läßt, muß zu der Annahme führen, daß gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts eine der ersten Beschwerde nachfolgende weitere — zweite — Beschwerde nur für den Fall eines in dieser Entscheidung enthaltenen neuen Beschwerdegrunds, andernfalls aber überhaupt nicht stattfindet, ohne Unterschied, ob diese nachfolgende durch den in der Entscheidung des Berufungsgerichtes enthaltenen neuen Beschwerdegrund hervorgerufene Beschwerde von dem ersten Beschwerdeführer oder einem anderen Betheiligten ausgeht. Es ist demnach **für den Begriff „der weiteren Beschwerde"** im Sinne der C. P. O., welche nichts anderes ist, als die Beschwerde in der Richtung gegen die in Folge eingelegter Beschwerde ergangene Entscheidung des Beschwerdegerichts, **gleichgiltig, ob dieselbe von dem erstmaligen Beschwerdeführer oder einem anderen Betheiligten, welcher durch diesen neuen Beschwerdegrund erst sich verletzt fühlt, eingeführt wird,** es ist vielmehr in beiden Fällen die gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts eingeräumte Beschwerde als „weitere Beschwerde" aufgefaßt, wie dieses auch von sämmtlichen Kommentatoren der C. P. O. mit Ausnahme Petersen's S. 407 angenommen wird (vgl. Seuffert, 3. Aufl., zu § 531 Anm. 2 lit. c.; Sarwey S. 74; Struckmann, 4. Aufl., S. 577; Endemann S. 431; Puchelt S. 383; dann Fitting in Busch, Zeitschrift für den Civilprozeß Bd. II S. 284). Weder in den allgemeinen Rechtsbegriffen, noch in den Bestimmungen der Civilprozeßordnung finden sich Anhaltspunkte für die Annahme, daß das in zweiter Instanz als Beschwerdegericht entscheidende Landgericht dann, wenn es eine abändernde, einen Dritten an der Sache Betheiligten verletzende Entscheidung erläßt, diesem gegenüber des Charakters einer zweiten Instanz entkleidet sein solle und mithin je nach dem Ausfalle seiner Entscheidung für die einzelnen an der Sache Betheiligten gleichzeitig als erste und zweite Instanz zu urtheilen veranlaßt sei. (B. O. L. Beschluß der vereinigten Senate vom 11. Dezember 1885.) S. XI. (104.) 277. 279.

8. **Für die Annahme der Unstatthaftigkeit einer weiteren Beschwerde nach § 531 Abs. 2 der Civilprozeßordnung ist es einflußlos, ob die gleichlautenden Entscheidungen unmittelbar aufeinanderfolgen oder durch eine dazwischenliegende Entscheidung getrennt sind.** (B. O. L. 7. III. 84.) S. X. (129.) 347.

9. **Unzulässigkeit der weiteren Beschwerde, wenn dem Antrage des Beschwerdeführers auf Grund der ersten Beschwerde theilweise entsprochen war.** Beschluß des Reichsgerichts vom 16. Mai 1885. S. A. XLI. (76.) 116.

10. **Zulässigkeit der weiteren Beschwerde, wenn der Antrag vom A. G. aus formellen, vom L. G. aus materiellen Gründen verworfen worden ist.** Beschluß des O. L. G. zu Kiel vom 20. November 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (313.) 464.

11. **Der Grundsatz, „daß, im Falle von einem Gerichte höherer Instanz die ursprünglich mit Beschwerde angegriffene Entscheidung, oder die Entscheidung eines jenem Gerichte höherer Instanz nachgeordneten Beschwerde-**

Digitized by Google

gerichtes, in dem praktischen Entscheidungsergebnisse durch Beschluß aufrechterhalten sei, in letzterem Beschlusse ein neuer selbständiger Beschwerdegrund im Sinne des § 531 Abs. 2 C. P. O. nicht hergestellt werde, und deßwegen gegen diesen Beschluß weitere Beschwerde nicht stattfinde", findet nur dann Anwendung, wenn es nach dem Prozeßgesetze dem betreffenden Gerichte höherer Instanz zustand, den Gegenstand derjenigen Entscheidung, welche es in dessen praktischem Endergebnisse aufrechterhielt, indem es die dagegen gerichtete Beschwerde als unbegründet zurückwies, zum Gegenstande des in dieser Weise zurückweisenden Beschlusses zu machen. Mangelte letztere Voraussetzung, so wurde ein neuer selbständiger Beschwerdegrund dadurch existent, daß das betreffende Gericht höherer Instanz eine nach dem Prozeßgesetze unstatthafte Entscheidung beschlossen hatte. Ein solcher neuer selbständiger Beschwerdegrund ist z. B. dann gegeben, wenn das Oberlandesgericht eine materielle Entscheidung getroffen hat über das Begründetsein der an das Landgericht erhobenen Beschwerde, obwohl das im Instanzenzuge im Verhältnisse zu dem Amtsgerichte (dessen Entscheidungen durch jene Beschwerde angegriffen wurden) zunächst höhere Gericht (das Landgericht) die Beschwerde lediglich als unzulässig verworfen hatte, **denn auf weitere Beschwerde gegen einen Beschluß, welcher eine Beschwerde lediglich als unzulässig verworfen hatte, ist materiell über den Gegenstand der ersten Beschwerde nicht zu entscheiden.** Nach der Bestimmung des § 531 C. P. O. entscheidet über die Beschwerde das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht. Erachtet letzteres Gericht die durch Beschwerde angegriffene Entscheidung in ihrer praktischen Festsetzung für gerechtfertigt, und weist es deßwegen die Beschwerde als unbegründet zurück, so ist dadurch (in Konsequenz der Bestimmung des § 531 Abs. 2 C. P. O.) der Gegenstand der angegriffenen Entscheidung endgültig erledigt, mag auch letztere Entscheidung an sich eine ungerechtfertigte sein. Durch die betreffende Bestimmung sollen nach dem Willen des Gesetzes die höheren Gerichte und namentlich das Reichsgericht vor einer Ueberbürdung mit Beschwerden möglichst geschützt werden. Faßt dagegen das dem ursprünglich entscheidenden Gerichte im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht auf die bei ihm erhobene Beschwerde lediglich den Beschluß, daß es in eine Beurtheilung, ob die durch Beschwerde angegriffene Entscheidung gerechtfertigt und die Beschwerde begründet sei, nicht eintreten dürfe, vielmehr die Beschwerde als eine unzulässige verwerfen müsse, so entsteht für den Beschwerdeführer der, aber auch nur der neue selbständige Beschwerdegrund, daß der von ihm mit Beschwerde angegangene Gerichtshof zu Unrecht nicht über das Begründetsein seiner Beschwerde entschieden, diese jenem Gerichtshofe gesetzlich obliegende richterliche Aufgabe nicht erfüllt habe. Das dem betreffenden Beschwerdegerichte zunächst in dem Instanzenzuge übergeordnete Gericht, bei welchem über jenen nur die Entscheidung, daß die Beschwerde als unzulässig zurückzuweisen sei, treffenden Beschluß weiter Beschwerde geführt wird, ist nur zuständig, die Frage seiner Kognition zu unterziehen, ob diese Entscheidung in ihrer praktischen Festsetzung gerechtfertigt sei, d. h. es hat zu untersuchen, ob wirklich jene bei dem unmittelbar nachgeordneten Beschwerdegerichte erhobene Beschwerde aus dem von letzterem Gerichte angenommenen oder irgend welchem anderen gleichwirkenden Grunde nicht zugelassen werden durfte,

Digitized by Google

oder ob gesetzliche Gründe, jener Beschwerde die Zulassung zu versagen, nicht gegeben seien. In ersterem Falle hat es die bei ihm erhobene Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen. In letzterem Falle hat es den nicht gerechtfertigten Beschluß des ihm unmittelbar nachgeordneten Gerichts, daß die bei letzterem erhobene Beschwerde als unzulässig zu verwerfen, auf die bei ihm (dem übergeordneten Gerichte) erhobene begründete Beschwerde aufzuheben und (in Folge der festgestellten Zulässigkeit der bei dem nachgeordneten Gerichte eingelegten Beschwerde) letzteres Gericht anzuweisen, die letzterem Gerichte obliegende richterliche Aufgabe zu erfüllen, d. h. zu entscheiden, ob die betreffende Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen, oder (sei es nun ganz oder in bestimmter Beziehung) für begründet zu erachten und dementsprechend der begründeten Beschwerde in der zu bestimmenden Weise abzuhelfen sei. Es widerspricht dem Gesetze, daß das im Instanzenzuge übergeordnete Gericht den Beschluß des ihm unmittelbar nachgeordneten Gerichtes, daß die bei letzterem erhobene Beschwerde unzulässig sei, aufhebe und nun (die im Falle der Zulässigkeit bestehende richterliche Pflicht, welche zugleich ein richterliches Recht jenes ihm nachgeordneten Gerichtes, die letzterem gesetzlich obliegende Aufgabe ist, über das Begründetsein der Beschwerde zu beschließen, eliminirend und sich an die Stelle jenes nachgeordneten Gerichtes setzend) selbst über das Begründetsein der bei dem nachgeordneten Gerichte erhobenen Beschwerde entscheide. Die praktischen Endergebnisse können, wenn in der letztgekennzeichneten Weise verfahren wird, gerade entgegengesetzte sein, als diejenigen, welche bei dem als richtig bezeichneten Verfahren eingetreten sein würden. Gesetzt, daß nach letzterem Verfahren das Beschwerdegericht, an welches die Sache zur Entscheidung über die für zulässig erachtete Beschwerde zurückverwiesen ist, die Beschwerde als unbegründet zurückweist, so ist der Gegenstand der ursprünglich mit Beschwerde angegriffenen Entscheidung, wie letztere es bestimmt hat, endgültig festgestellt. Es wäre dagegen bei der als rechtsirrig bezeichneten Regelung der Zuständigkeit sehr wohl möglich, daß dasjenige höhere Gericht, an welches die Frage zur Entscheidung gebracht wurde, ob das nachgeordnete Gericht die Beschwerde mit Recht oder zu Unrecht für unzulässig erachtet habe, falls es auch (gemäß der als unrichtig bezeichneten Auffassung der ihm zustehenden Befugnisse) die Frage seiner Entscheidung unterzog, ob die bei dem nachgeordneten Gerichte erhobene Beschwerde unbegründet sei, diese Frage ganz entgegengesetzt auffaßte und entschiede, als dasjenige Gericht geurtheilt haben würde, bei welchem die Beschwerde erhoben war, daß es also in dem unmittelbar vorher angenommenen Falle, letztere Beschwerde nicht für unbegründet, sondern für begründet erklärte und andere praktische Bestimmungen träfe, als die ursprünglich mit Beschwerde angegriffene Entscheidung. Dadurch würde ein neuer selbständiger Beschwerdegrund entstehen. Würde nun weiter Beschwerde eingelegt, so steht es zunächst ganz dahin, ob dadurch an der Verschiedenheit des praktischen Endergebnisses, welches bei der einen oder anderen Art der Begrenzung der Kompetenz desjenigen Gerichtshofes, welcher sich in derselben prozessualen Stellung befindet, wie im vorliegenden Falle das Oberlandesgericht, in einem Falle der vorausgesetzten Art eintreten kann, beseitigt wird. Das ist aber sicher, daß dadurch die

Digitized by Google

Entscheidung darüber, ob der ursprünglich mit Beschwerde angegriffene Beschluß in seinem praktischen Endergebnisse gerechtfertigt sei oder nicht, in eine vierte Instanz verlegt wird, während die endgültige Entscheidung, wenn die gegen die ursprüngliche Entscheidung erhobene Beschwerde (nach Aufhebung des Beschlusses des ersten Beschwerdegerichts, diese Beschwerde für unzulässig zu erklären, und nach Zurückverweisung der Sache an das erste Beschwerdegericht) von letzterem Gerichte als unbegründet zurückgewiesen wäre, damit ihren Abschluß erreicht hätte. (R. G. 10. VIII. 85.) R. C. XIV. (109.) 387—390.

12. **Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichtes, welche die Beschwerde als unzulässig verwirft, findet weitere Beschwerde nicht statt, wenn die Verneinung der Zulässigkeit der Beschwerde auch eine materielle Billigung der mit der Beschwerde angefochtenen Entscheidung in sich schließt.** Wenn auch im Allgemeinen eine Entscheidung des Beschwerdegerichtes, durch welche die Beschwerde als unzulässig verworfen ist, als einen neuen selbständigen Beschwerdegrund enthaltend mit einer weiteren Beschwerde angefochten werden kann, so ist dies doch nicht anzunehmen, wenn die Zulässigkeit der Beschwerde aus demselben Grunde verneint worden ist, auf welchem auch die mit der Beschwerde angegriffene Entscheidung erster Instanz beruht, sodaß die Entscheidung über die formellen Erfordernisse der Beschwerde zugleich eine materielle Billigung der mit der Beschwerde angefochtenen Entscheidung in sich schließt. In einem Falle dieser Art tritt zwar zu der Entscheidung erster Instanz in der Beschwerdeinstanz eine davon inhaltlich verschiedene weitere Entscheidung hinzu, welche, wenn sie ungerechtfertigt war, einen neuen Beschwerdegrund abgab. **Die Civilprozeßordnung macht** aber **die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde nicht bloß von der Neuheit, sondern auch von der Selbständigkeit des Beschwerdegrundes abhängig,** und diese mangelt, wenn derselbe Grund, auf welchem die angefochtene Entscheidung beruht, auch zur Verneinung der Zulässigkeit der weiteren Beschwerde führt. In diesem Falle wird in beiden Instanzen dieselbe Frage entschieden, wenn auch in erster Instanz an die Entscheidung derselben eine andere prozessuale Folge geknüpft ist, als in der Beschwerdeinstanz. Beide Entscheidungen stehen und fallen miteinander. Ist die Ansicht der ersteren Instanz gerechtfertigt, so ist auch die Beschwerde mit Recht als unzulässig verworfen. Ist sie nicht gerechtfertigt, so durfte auch die Beschwerde nicht als unzulässig verworfen werden. Die Zulassung einer weiteren Beschwerde würde daher dem in § 531 zum Ausdrucke gekommenen gesetzgeberischen Willen widerstreiten, welcher dahin geht, daß der Beschwerdeweg nicht weiter offen stehen soll, wenn über denselben Gegenstand bereits zweimal in gleichem Sinne entschieden worden ist. (R. G. 10. XII. 81.) R. C. V. (124.) 431. 432. S. V. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 273 S. 374. 375.

13. **An sich gehört zwar jede Verwerfung einer Beschwerde zu den eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernden Entscheidungen, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist, die nach § 530 C. P. O. einen Beschwerdegrund abgeben; allein dieser Beschwerdegrund wird hier regelmäßig kein neuer und selbständiger im Sinne des § 531 Abs. 2 sein, so daß eine weitere Beschwerde dennoch ausgeschlossen sein wird.** (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civilsachen Bd. 1 Nr. 84

Digitized by Google

S. 230.) **Indessen muß die weitere Beschwerde nichtsdestoweniger dann zugelassen werden, wenn das Beschwerdegericht die Beschwerde nicht materiell geprüft, sondern als unzulässig verworfen hat,** weil dann die Entscheidung sachlich mit dem Beschwerdepunkt selbst in keinem Zusammenhange gestanden hat, also auch der durch § 530 C. P. O. an die Hand gegebene Beschwerdegrund dem vorigen gegenüber als ein neuer und selbständiger erscheint. (R. G. 3. XI. 80.) R. C. IV. (99.) 361. 362. A. III. (32.) 108. 109. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 272 S. 373, Bd. 36 bezw. 6 Nr. 165. (III.) 246.

14. **Das Erforderniß der Neuheit ist nicht,** wie es Struckmann und Koch, zu § 531 Anm. 4, und Petersen, zu § 531 Anm. 2 thun, **in dem eingeschränkten Sinne zu verstehen, daß der Beschwerdegrund neu nur zu sein brauchte in Beziehung auf die Entscheidung des Beschwerdegerichtes, das heißt desjenigen Gerichtes, welches zuletzt entschieden hat; vielmehr muß er überhaupt, das heißt sämmtlichen in den unteren Instanzen ergangenen Entscheidungen gegenüber, sich als neu darstellen.** (von Völderndorff, Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. 1 S. 25 ff., Fitting, ebendas. Bd. 2 S. 284 ff.) — (R. G. 3. XI. 80.) R. C. IV. (99.) 363. A. III. (32.) 109. 110.

15. Als **neuer selbständiger Beschwerdegrund** kommt bei der Bestimmung des § 531 Abs. 2 selbstverständlich nicht schon der Umstand in Betracht, daß durch eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidung ein das Verfahren betreffendes Gesuch, nämlich eben das Beschwerdegesuch, zurückgewiesen ist, sondern es muß einer der anderen in § 530 der R. C. P. O. erwähnten Fälle vorliegen. (R. G. 5. II. 80.) A. I. (64.) 329.

16. **Die in dem Vorhandensein eines neuen selbständigen Beschwerdegrunds bestehende Voraussetzung der Zulässigkeit der weiteren Beschwerde liegt auch dann vor, wenn das Beschwerdegericht abgelehnt hat, zur Begründung der Beschwerde vorgebrachte neue Thatsachen in Betracht zu ziehen.** Der innere Grund der im § 531 a. a. O. enthaltenen Bestimmung, durch welche gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichtes, sofern dieselbe nicht einen neuen selbständigen Beschwerdegrund enthält, die weitere Beschwerde ausgeschlossen wird, ist darin zu suchen, daß der Partei, welche die Entscheidung des zuerst angerufenen Gerichtes und die des demnächst gegen diese Entscheidung angerufenen Beschwerdegerichtes gegen sich hat, nicht noch eine dritte Instanz eröffnet sein soll. Dieser Grund der Ausschließung der weiteren Beschwerde liegt nicht vor, wenn das Beschwerdegericht eine materielle Prüfung der Beschwerde ablehnt, weil es die Beschwerde für unzulässig erachtet. In diesem Falle bildet die Ablehnung der materiellen Prüfung der Beschwerde seitens des Beschwerdegerichtes für die Partei, welcher das Gesetz zwei Instanzen für den in Rede stehenden Streitpunkt eröffnen will, einen neuen selbständigen Beschwerdegrund. Dagegen greift jener innere Grund zwar nicht bloß in dem Falle, wenn das Beschwerdegericht die Gründe der ersten Instanz billigt, sondern auch dann, wenn die Gründe der Zurückweisung der Beschwerde andere sind, als die des mit der Beschwerde angegriffenen Beschlusses, und selbst in dem Falle Platz, wenn die Beschwerde, wie dies nach § 533 a. a. O. zulässig ist, auf neue Thatsachen und Beweise gestützt ist, und das Be-

Digitized by Google

schwerdegericht unter Würdigung der neuen Rechtsbehelfe die Zurückweisung der Beschwerde ausgesprochen hat. Aber in diesem Falle findet die Unzulässigkeit der weiteren Beschwerde ihre nothwendige Begrenzung darin, daß der beschwerdeführenden Partei nicht die Prüfung der von ihr zur Begründung der Beschwerde vorgebrachten Thatsachen und Beweismittel versagt und ihr nicht solchergestalt das rechtliche Gehör beschränkt sein darf. Ein solches Verhalten des Beschwerdegerichts steht vielmehr der Zulässigkeit der weiteren Beschwerde gegenüber auf gleicher Stufe mit der Ablehnung einer materiellen Prüfung der Beschwerde wegen Unzulässigkeit der letzteren. Es enthält also ebenfalls einen neuen selbständigen Beschwerdegrund, insofern als bei Aufrechterhaltung der Entscheidung des Beschwerdegerichtes nicht zwei Instanzen für die Prüfung des von der Beschwerde betroffenen Streitpunktes unter Wahrung des Rechtes der Partei, in der zweiten Instanz neue Thatsachen und Beweismittel vorzubringen, gewährt sein würden. Diese Auffassung steht der in dem reichsgerichtlichen Beschlusse vom 11. November 1879 (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 1 S. 223) enthaltenen Rechtsansicht nicht entgegen. In dem letzteren Falle war der Antrag auf Erlaß eines Versäumnißurtheiles wegen nicht rechtzeitiger Ladung des Beklagten abgelehnt und die hiergegen geführte, mit Beweisantretung über die rechtzeitige Ladung versehene Beschwerde zurückgewiesen worden, weil der fragliche Beweis durch die vom Kläger bei der Verhandlung vorgelegte Zustellungsurkunde nicht erbracht sei und durch den mit der Beschwerde angebotenen Beweis nicht ersetzt werden könne. Das Beschwerdegericht hatte sich also der Prüfung der rechtlichen Erheblichkeit der neuen Beweisantretung nicht entzogen. (R. G. 4. I. 87.) R. C. XVII. (92.) 371—374.

17. **Neuer selbständiger Beschwerdegrund nach § 531 Abs. 2 C. P. O. ungeachtet eines den Worten nach die Beschwerde einfach verwerfenden Beschlusses des Beschwerdegerichtes.** Der Satz, daß es für die Frage, ob ein eine weitere Beschwerde ermöglichender neuer selbständiger Beschwerdegrund vorliege, nur auf den Tenor, nicht auf die Gründe der auf die erste Beschwerde ergangenen Entscheidung ankomme, erleidet dann eine Ausnahme, wenn aus den Gründen hervorgeht, daß das Beschwerdegericht mittels seiner Entscheidung eine andere, dem Beschwerdeführer ungünstigere oder doch in anderer Weise ungünstige Rechtswirkung hat herbeiführen wollen, als der bei ihm angefochtenen Entscheidung des Gerichtes voriger Instanz zukam. Dies ist vom Reichsgerichte schon mehrfach, zuerst in dem in den Entscheidungen in Civilsachen Bd. 1 S. 233 ff. abgedruckten Beschlusse ausgesprochen worden. (R. G. 10. II. 86.) R. C. XVI. (71.) 318.

18. Um einer Partei einen neuen selbständigen Beschwerdegrund zu geben, braucht der auf ihre Beschwerde ergangene Beschluß nicht nothwendig einen anderen Inhalt zu haben, als der Beschluß, über welchen die Beschwerde geführt wurde; **die neue selbständige Verletzung der Partei kann auch durch das vom Beschwerdegericht beobachtete Verfahren herbeigeführt sein**, und dies ist u. A. dann der Fall, wenn sich der auf die Beschwerde ergangene ungünstige Beschluß auf eine Verletzung des Anspruches der Partei auf rechtliches Gehör zurückführen läßt. **Kann dem Beschwerdegerichte mit Grund vorgeworfen werden, daß es einen Angriff**

Digitized by Google

der Partei gegen den beschwerenden Beschluß nicht geprüft hat, so ist der Anspruch der Partei auf richterliche Beurtheilung ihrer Beschwerde verletzt, und dies gereicht ihr im Verhältnisse zu dem mit der Beschwerde angefochtenen Beschlusse zur neuen selbständigen Beschwerung. Freilich wird sich der praktischen Verwerthung eines solchen weiteren Beschwerdegrundes oftmals die Schwierigkeit entgegenstellen, daß die Unterlassung der richterlichen Prüfung eines vorgebrachten Angriffes nicht leicht nachzuweisen ist, zumal da eine Begründung der Beschlüsse in der Civilprozeßordnung nicht wie für Urtheile im § 284 obligatorisch vorgeschrieben worden ist, und aus diesem Grunde nicht schon die unzureichende Begründung und nicht einmal unter allen Umständen der gänzliche Mangel von Entscheidungsgründen die Unterlassung der richterlichen Prüfung beweist. — Wenn aber die vorliegenden Umstände solche Unterlassung klarlegen, so ist der weiteren Beschwerde stattzugeben. (R. G. 20. VIII. 87.) R. C. XVIII. (100.) 427. 428.

19. **Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund liegt vor, wenn die bestätigende Entscheidung des Oberlandesgerichtes ihrem Sinne nach dem Beschwerdeführer ungünstiger ist, als die Entscheidung des Landgerichtes.** (R. G. 28. I. 85.) R. C. XIII. (79.) 320.

20. **Neuer selbständiger Beschwerdegrund nach § 531 Abs. 2 ungeachtet eines den Worten nach die Beschwerde einfach verwerfenden Beschlusses des Beschwerderichters.** (Hierüber sh. noch R. G. 20. III. 80.) R. C. I. (86.) 233—235. S. A. 35 bezw. 5 Nr. 260 S. 379. Sh. auch oben unter Ziff. 17.

21. **Die Beifügung eines weiteren Entscheidungsgrundes durch das Beschwerdegericht schließt keinen neuen selbständigen Beschwerdegrund in sich.** (B. O. L. 7. III. 84.) S. X. (129.) 347.

22. **Es liegt kein „neuer selbständiger Beschwerdegrund"** (im Sinne des **§ 531 der C. P. O.) vor, wenn die zweite Instanz denselben Beschluß anders begründet, als die erste.** (R. G. 19. IX. 1884.) U. u. A. I. (73.) 123.

23. **Unstatthaftigkeit weiterer Beschwerde, auch wenn die Konformität eine partielle ist und die Gründe differiren.** Eine bloße Abweichung in den Gründen der beiden Entscheidungen enthält noch keine Difformität dieser selbst, es hat vielmehr nur darauf anzukommen, ob der Inhalt der beiden Entscheidungen gleichlautend, d. h. ob zweimal über denselben Streitpunkt zu Ungunsten des Beschwerdeführers entschieden wurde. (Vgl. v. Wilmowsky u. Levy, Komm. zur C. P. O. § 531 Nr. 2; Busch, Zeitschr. für C. P. Bd. 6 S. 509; Entsch. des R. G. Bd. 1 S. 223, in Seuffert, Archiv Bd. 35 Nr. 259.) Beschluß des obersten L. G. für Bayern vom 8. Oktober 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 169 S. 234. 235.

24. **Neuer selbständiger Beschwerdegrund, wenn der Beschluß zweiter Instanz die Lage des Beschwerdeführers ungünstiger gestaltet, als der Beschluß erster Instanz.** (R. G. 6. II. 85.) U. u. A. I. (231.) 380.

25. **Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund** (im Sinne von § 531 Abs. 2 der C. P. O.) **liegt vor, wenn die erste Instanz aus sachlichen Gründen abweist, die zweite sich unzuständig erklärt.** (R. G. 17. XII. 84.) U. u. A. I. (180.) 309.

Digitized by Google

26. **Neuer selbständiger Beschwerdegrund** (im Sinne des § 531 Abs. 2 der C. P. O.), **wenn die erste Instanz aus formellen** (Zuständigkeits-), **die zweite aus materiellen Gründen den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung ablehnt.** (R. G. 20. IV. 85.) U. u. A. II. (104.) 209.

27. Zulässigkeit der weiteren Beschwerde liegt vor, wenn das Beschwerdegericht die Beschwerde der einen Partei ohne materielle Prüfung als unzulässig verworfen, auf die der anderen in solchem Sinne abändernd verfügt hat, daß danach die Beschwerde der einen Partei sich als materiell unbegründet darstellt. Entsch. des R. G. v. 8/3. 81.

28. **Das völlige Uebergehen ausdrücklich geltend gemachter Beschwerdegründe ist ein neuer besonderer Beschwerdegrund** (im Sinne des § 531 Abs. 2 der C. P. O.). (R. G. 2. XII. 84.) U. u. A. I. (181.) 309.

29. **Die konform mit der ersten Instanz in zweiter Instanz bestätigte Versagung des Armenrechts bildet auch dann keinen „neuen Beschwerdegrund"** im Sinne des § 531 Abs. 2 der R. C. P. O., **wenn die zweite Instanz Anfangs das Armenrecht bewilligt,** denn die Annahme zweier übereinstimmender Erkenntnisse wird regelmäßig nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein abweichender Beschluß in der Mitte liegt. (R. G. 7. I. 82.) A. V. (41.) 199. 200.

30. **Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund liegt nicht vor, wenn, nachdem in erster Instanz die Verfügung eines Arrestes abgeschlagen war, das Beschwerdegericht zwar den Arrest verfügt, dabei aber nach Ansicht des Arrestsuchers die Höhe der in Betracht kommenden Sicherheits-, bezw. Hinterlegungssummen günstig genug für ihn bestimmt hat.** (R. G. 28. IV. 83.) R. C. XIV. (88.) 321. 322.

31. **Fall eines neuen, aber nicht eines selbständigen Beschwerdegrundes.** (R. G. 8. V. 85.) U. u. A. II. (137.) 284.

32. Der Abs. 2 des § 531 ist bei der durch die §§ 40, 51 ff. des Ausf. G. zu D. G. V. G. v. 24/4. 78 eingeführten weiteren Beschwerde nicht anwendbar. Beschl. des Kammer-Ger. v. 21/11. 81. Johow II. 7.

33. Weitere Beschwerden über den Kostensatz unterliegen nicht der Beschränkung des § 531, sind vielmehr auch dann zulässig, wenn in der Entscheidung des Beschwerdegerichts ein neuer selbständiger Beschwerdegrund nicht enthalten ist. Beschl. des Kammer-Ger. v. 3/5. 80. Johow I. 161.

34. **Kein neuer selbständiger Beschwerdegrund** (C. P. O. § 531 Abs. 2) **bei Nichtbeachtung formeller Beanstandungen des landgerichtlichen Kostenfestsetzungsverfahrens.** (R. G. 8. V. 85.) U. u. A. II. (137.) 284.

35. **Wenn nach Zurückweisung des Antrags einer Partei auf Ersatzleistung einer liquidirten Gebühr durch den in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner in beiden Instanzen deren Vertreter zur Zahlung der Kosten der Beschwerdeinstanz angehalten worden ist, steht diesem hiegegen eine weitere Beschwerde nicht zu.** (B. O. L. 13. V. 85.) S. XI. (52.) 134 f.

36. **Bei weiteren Beschwerden in den Fällen der §§ 4. 16 des Gerichtskostengesetzes findet die Bestimmung des § 531 Abs. 2 C. P. O. Anwendung.** Der § 4 des Gerichtskostengesetzes bestimmt: a. in seinem ersten Satze, daß über Erinnerung der Zahlungspflichtigen oder der Staatskasse gegen den Ansatz von Gebühren oder Auslagen das Gericht der Instanz gebührenfrei entscheide; b. in seinem zweiten Satze, daß die Entscheidung von dem Gerichte, welches dieselbe getroffen hat, sowie von dem Gerichte der höheren Instanz von Amts wegen geändert werden könne; c. in seinem dritten

Digitized by Google

Satze, daß gegen die Entscheidung Beschwerde nach Maßgabe der §§ 531 bis 538 C. P. O., in Strafsachen nach Maßgabe der §§ 346 bis 352 St. P. O. stattfinde. Der zweite Satz läßt eine spontane fakultative Offizialthätigkeit zu, der dritte Satz regelt ganz selbständig das Beschwerdewesen. Derselbe verordnet (insoweit es sich nicht um den Ansatz von Gebühren und Auslagen in Strafsachen handelt) ohne irgend welche Unterscheidung, es finde die Beschwerde nach Maßgabe der §§ 531—538 C. P. O. statt. Es muß daher das mit weiterer Beschwerde angegangene Gericht auch in den gekennzeichneten Kostensachen nach § 537 a. a. O. von Amts wegen prüfen, ob die weitere Beschwerde statthaft sei, und solches verneinen, falls es findet, daß die angegriffene Entscheidung keinen neuen Beschwerdegrund enthält. Ein Gericht darf nicht aus legislativ etwa beachtlichen Gründen Unterscheidungen in klare Gesetzesvorschriften hineintragen, welche in diesen Gesetzesvorschriften nicht enthalten sind. Das würde aber geschehen, wenn man aus dem angeblichen öffentlichen Interesse an gleichförmiger Anwendung der Vorschriften über den Gerichtskosten- und Auslagen-Ansatz und aus der Zulassung einer spontanen Füglichkeit für die Gerichte herleiten wollte, daß das Gesetz, obwohl es die §§ 531 bis 538 C. P. O. hinsichts der hier in Rede stehenden Beschwerde ohne Beschränkung in Bezug nimmt, doch den zweiten Absatz des § 531 nicht in Bezug genommen habe. Der erste Grund würde auch dazu führen, bei den Beschwerden über die Entscheidung auf das Festsetzungsgesuch in dem Kostenerstattungsverfahren jede formale Schranke zu beseitigen, und doch hat die Civilprozeßordnung in diesem Verfahren nur die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung für statthaft erklärt, also die formale Schranke der für diese Beschwerdeart stattfindenden Frist gesteckt. Die spontan fakultative Thätigkeit der Gerichte ist im Gesetze selbst von dem Beschwerdeverfahren gesondert. Auch ist es für die Belastung der höchsten Instanz, welche der Gesetzgeber im Allgemeinen zu verringern soviel als möglich anstrebt, ein sehr wesentlicher Unterschied, ob jede Erinnerung gegen einen Kostenansatz in einem überhaupt ihrer Zuständigkeit angehörigen Verfahren von jedem Interessenten ohne irgend welche Schranke als Gegenstand einer nothwendigen materiellen Entscheidung dieser höchsten Instanz geltend gemacht werden darf, oder ob bestimmte Schranken in dieser Beziehung bestehen, indessen der höchsten Instanz freigelassen ist, freiwillig gegen Mißgriffe einzuschreiten. Ebensowenig als es zulässig ist, allgemeine legislative Gesichtspunkte gegen den klaren Ausdruck des bestehenden Gesetzes zur Auslegung des letzteren zu verwerthen, wäre es zulässig, den Inhalt der sogenannten Gesetzesmaterialien zu einer Interpretation des Gesetzes benutzen zu wollen, welche dem (im Gesetze selbst unzweideutig ausgedrückten) Gesetzeswillen widersprechen würde. Die Verleitung zu einem solchen Versuche könnte in der vorliegend erörterten Materie dadurch entstehen, daß in dem Motive zu dem Entwurfe eines Gerichtskostengesetzes in der Begründung des § 4 des Entwurfes (mit welchem bezüglich der hier in Frage kommenden Vorschriften § 4 G. K. G. übereinstimmt) bemerkt ist, gegen die Entscheidung über Erinnerungen gegen den Ansatz von Gebühren und Auslagen sei, wie in dem ähnlichen Falle des § 14 (des Entwurfes) die Beschwerde neben der Möglichkeit einer Aenderung von Amts wegen zugelassen, während bei Begründung jenes

Digitized by Google

§ 14 des Entwurfes (jetzt § 16 G. K. G.) ausgeführt wird, die (dem Interesse der betheiligten Staatskasse dienende) Möglichkeit, die Festsetzung auch von Amts wegen zu ändern, schließe die Feststellung einer Nothfrist für diese Beschwerde (wie eine solche in einzelnen der bisher geltend gewesenen Partikular-Kostengesetze, z. B. im Art. 12 des sachsen-meiningen'schen Gesetzes, die revidirte Sportelordnung und Taxe betr., vom 18. Juli 1862 und in Art. 10 des württembergischen allgemeinen Sportelgesetzes vom 23. Juni 1828 gegolten habe) aus. Man könnte in diesen Ausführungen die Reflexion des Verfassers der Motive finden, es liege etwas Unzuträgliches darin, die spontane Aenderung von Amts wegen freizugeben und das Beschwerderecht an formale Schranken zu binden. Aus jenen Motiven läßt sich auch nicht ersehen, ob bei der mitgetheilten Erwägung über die Unzulässigkeit einer Frist dieser Beschwerden (welche Frist auch im Gerichtskostengesetze in den Fällen der §§ 4 und 16 desselben im Gegensatze zum § 99 C. P. O. nicht bestimmt ist) der Verfasser der Motive den Inhalt des § 531 C. P. O. von demselben Gesichtspunkte aus klar in das Auge gefaßt hat. Man könnte vielleicht in der Unterlassung einer Erörterung derjenigen Gründe, welche (trotz des Vorschlages in den gekennzeichneten Fällen aus jenem Gesichtspunkte nicht sofortige, sondern fristenlose Beschwerde einzuführen) den Vorschlag, bei dieser Beschwerde die §§ 531 bis 538 für maßgebend zu erklären, rechtfertigten, einen Mangel an Klarheit oder Vollständigkeit der Motive erblicken wollen. Diese gegen die Motive des Gesetzentwurfes gerichtete Kritik hätte aber gar keinen entscheidenden Werth für die Bedeutung des Gesetzes. Das Gerichtskostengesetz verordnet ganz deutlich, es ist der Wille des Gesetzes, daß in den Fällen der §§ 4 und 16 desselben der § 531 C. P. O. überhaupt, also auch der zweite Absatz desselben, anzuwenden ist. (R. G. 17. IV. 82.) R. C. VI. (126.) 409—412.

2. Einlegung.

§ 532.

§ 532.

Die Beschwerde wird bei dem Gerichte eingelegt, von welchem oder von dessen Vorsitzenden die angefochtene Entscheidung erlassen ist; sie kann in dringenden Fällen auch bei dem Beschwerdegericht eingelegt werden.

Die Einlegung erfolgt durch Einreichung einer Beschwerdeschrift; die Einlegung kann auch durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers erfolgen, wenn der Rechtsstreit bei einem Amtsgericht anhängig ist oder anhängig war, wenn die Beschwerde das Armenrecht betrifft oder von einem Zeugen oder Sachverständigen erhoben wird.

§ 110. St. P. O. § 348.

1. Abs. 1. **Das O. L. G. soll nach § 532 Abs. 1 der R. C. P. O. nur in dringenden Fällen auf eine bei ihm selbst statt beim L. G. eingereichte Beschwerde entscheiden, in der Regel aber dem L. G. nach § 534 Gelegenheit geben, dem Beschwerdefall selbst abzuhelfen.** Mag ein diesem entgegengesetztes Verfahren in Fällen, wo eine weitere Beschwerde nicht mehr stattfinden kann, auch vielleicht unbedenklich sein, so kann es doch da keinesfalls gebilligt werden, wo die Sache damit doch noch nicht ihre endgültige Erledigung findet. Denn die Vorschrift des ersten Absatzes des § 532 hat den Sinn, daß in der Regel und eben von dringenden Fällen abgesehen dasjenige Gericht, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, Gelegenheit erhalten soll, dieselbe nach Maßgabe des

Digitized by Google

§ 534 nochmals in Erwägung zu nehmen und eventuell selbst der Beschwerde abzuhelfen, damit auf diese Weise die dann überflüssige Behelligung des Beschwerdegerichts erspart werde. Wenn aber dieser Zweck in abstracto erreicht werden soll, so ist es nöthig, daß auch in keinem einzelnen Falle auf eine im Widerspruche mit § 532 Abs. 1 beim Beschwerdegerichte selbst eingelegte Beschwerde dasselbe eine abändernde Verfügung erlasse. (R. G. 16. XI. 81.) A. V. (46.) 203. 204.

2. Eine „**Dringlichkeit**" nach dem Zwecke der Bestimmung des § 532 der C. P. O. ist nur da anzunehmen, wo das unmittelbare, sofortige Eingreifen des Beschwerdegerichtes erforderlich ist, um wesentliche Nachtheile zu verhüten. (R. G. 21. IX. 85.) U. u. A. III. (162.) 359.

3. **Man darf nicht ohne Weiteres jeden Fall, in welchem es sich um die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung handelt, für einen „dringenden" im Sinne des § 532 Abs. 1 erklären;** denn daß dies falsch sein würde, ergibt sich aus § 816 Abs. 2 und § 820 Abs. 1 der C. P. O., wo besondere Ausnahmebestimmungen für „dringende Fälle" einstweiliger Verfügungen getroffen sind. (R. G. 20. IV. 85.) U. u. A. II. (104.) 209.

4. Eine **Dringlichkeit** liegt auch darin, wenn eine bereits im Zuge befindliche Zwangsvollstreckung abzuwenden ist. (R. G. 30. XII. 82.) R. C. XII. (95.) 356.

5. **Abs. 2. Die Beschwerde im Falle des § 532 Abs. 2 C. P. O. muß nicht stets zu Protokoll des Gerichtsschreibers gegeben werden; es ist auch eine nicht von einem Anwalt, sondern nur von der Partei unterschriebene Beschwerde seitens des angerufenen Richters höherer Instanz als formell genügend zuzulassen.** Nach den Motiven der Regierungsvorlage könnte es den Anschein gewinnen, als wenn hierdurch hinsichtlich der Form der Beschwerde entweder eine Anwaltsschrift oder die Erklärung zu Protokoll vorgeschrieben wäre. Sie bemerken nämlich S. 330: „Die Beschwerde wird nach § 508 Abs. 2 (jetzt § 532) entweder durch eine Beschwerdeschrift oder in den dort zugelassenen Fällen zum Protokoll des Gerichtsschreibers eingelegt. Ersteren Falles ist die Beschwerdeschrift — weil für das Beschwerdegericht, also ein Gericht höherer Instanz bestimmt — nach der allgemeinen Regel des § 72 (jetzt § 74) eine Anwaltsschrift." Diese Bemerkung ist jedoch ungenau. Der Unterschied, welchen § 532 Abs. 2 a. a. O. in Betreff der Beschwerdeschrift und der Erklärung zu Protokoll macht, korrespondirt mit den allgemeinen Bestimmungen des § 74 C. P. O. Inhalts derselben ist der Anwaltszwang vorgeschrieben für das Verfahren vor den Landgerichten und allen Gerichten höherer Instanzen. So lange der § 74 (in den Vorentwürfen) nur diese Bestimmung enthielt, war die angeführte Aeußerung der Motive zutreffend. Dies ist nicht mehr der Fall, nachdem § 74 Abs. 2 die Ausnahme zugelassen hat, daß Prozeßhandlungen, welche vor einem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, dem Anwaltszwange nicht unterliegen. Wie die Motive zu § 72 (jetzt § 74 S. 99) ergeben, ist durch den Zusatz im zweiten Absatze beabsichtigt, bei denjenigen Prozeßakten, welche sich nicht als grundsätzliche Bestandtheile der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte darstellen, den Anwaltszwang auszuschließen. Dazu sind namentlich die Prozeßhandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, gerechnet. Daraus ergibt sich, daß, wie

Digitized by Google

an vielen Stellen der Civilprozeßordnung, so auch im § 532 Abs. 2 der Ausdruck: „Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers" nur den Gegensatz zum Anwaltsprozeß bezeichnet. Für die Fälle, in welchen das Gesetz diese Erklärung gestattet, ist der Anwaltszwang ausgeschlossen, und es tritt deßhalb die allgemeine Regel ein, daß Anträge der Parteien einer besonderen Form nur bedürfen, sofern dies vom Gesetze vorgeschrieben ist. Hinsichtlich der vorbereitenden Schriftsätze wird dieser Grundsatz im § 121 Nr. 6 C. P. O. ausdrücklich anerkannt. (R. G. 17. XII. 80.) R. C. III. (103.) 373. 374.

6. **Form der Einlegung einer Beschwerde nach § 35 R. A. O.** Der § 35 R. A. O. gibt der Partei, welcher die Beiordnung eines Rechtsanwaltes abgeschlagen ist, nur im Allgemeinen „die Beschwerde nach Maßgabe der Civilprozeßordnung", ohne hinzuzufügen, daß die Einlegung auch durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers erfolgen könne, womit nach § 74 Abs. 2 C. P. O. auch die Nothwendigkeit der Vertretung durch einen Rechtsanwalt beseitigt sein würde. Es muß aber diese Erleichterung der Beschwerdeeinlegung dennoch, nach Analogie der entsprechenden, die Beschwerde wegen Verweigerung oder Entziehung des Armenrechtes betreffenden Bestimmung des § 532 Abs. 2 C. P. O., als im Sinne des § 35 R. A. O. gelegen betrachtet werden, da es widersinnig wäre, wenn das Gesetz von demjenigen, welcher gerade erst den Beistand eines Rechtsanwalts zu erlangen strebt, verlangte, daß er zu diesem Zwecke sich schon von einem solchen vertreten lasse. (R. G. 18. II. 82.) R. C. VI. (122.) 392. 393. A. V. (65.) 277. 278.

7. **Die Beschwerde folgt nicht ohne Weiteres den Formalvorschriften, gegeben für den Prozeßakt, welcher den beschwerenden Beschluß veranlaßt hat, sie ist eine besondere selbständige Prozeßhandlung und ist nur in den Fällen frei vom Anwaltszwange, in welchen sie nach näherer Bestimmung der Vorschriften des § 532 Abs. 2 der C. P. O. zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden darf.** Beschluß des Reichsgerichts vom 5. November 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 253 S. 358.

8. **Eine Beschwerdeerhebung zum Sitzungsprotokoll eines Amtsgerichts ist nicht als ein aliud, sondern als ein plus anzusehen.** Hat nämlich der Amtsrichter die Aufnahme in das Sitzungsprotokoll zugelassen oder veranlaßt, so verliert der Gerichtsschreiberakt durch die Mitwirkung und Mitunterschrift des Amtsrichters nichts an derjenigen Eigenschaft, welche das Gesetz erfordert. Beschluß des O. L. G. zu Stuttgart vom 16. November 1883. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 75 S. 113.

9. **Zulässigkeit einer Beschwerde ohne Antrag.** Da im § 532 Abs. 2 der C. P. O. gar keine positiven Vorschriften über den nothwendigen Inhalt der Beschwerdeschrift gegeben sind, so kann nach der Natur der Sache in dieser Hinsicht nichts weiter verlangt werden, als die Kundgebung des Willens, gegen irgend einen, bestimmt zu bezeichnenden Beschluß Beschwerde zu erheben. So auch v. Kries, Rechtsmittel S. 70 vgl. mit S. 64 und S. 400. Hierfür spricht auch die Analogie der in den §§ 479 und 515 über die Form der Berufungs- und Revisionsschrift gegebenen Bestimmungen. Bei diesen Rechtsmittelschriften muß nur noch die Ladung des Gegners, welchem sie zugestellt werden, zur mündlichen Verhandlung hinzukommen; diese fällt bei der Beschwerdeschrift natürlich

Digitized by Google

weg, weil diese nicht dem Gegner zugestellt, sondern beim Gericht eingereicht wird und dieses schon ohne mündliche Verhandlung zur Entscheidung anruft. Wenn nun aber aus dem letzteren Grunde gerade für die Beschwerdeschrift ein Antrag für unentbehrlich gehalten wird, so ist dabei übersehen, daß nach dem System der C. P. O. ein bestimmt formulirter Antrag gerade nur für die mündliche Verhandlung, welche auch bei der Beschwerde sodann noch vorkommen kann, nach § 128 Abs. 1 wesentlich ist, und daß auch ohne einen solchen Antrag eine Beschwerdeschrift, welche nur die Bezeichnung des angefochtenen Beschlusses und die Erklärung, Beschwerde zu erheben, enthält, dem Beschwerdegericht eine bestimmte Grundlage für seine nachprüfende Thätigkeit gibt, da nämlich in einem solchen Fall der ganze Inhalt des Beschlusses, soweit er unter Berücksichtigung der etwa in der vorigen Instanz vom Beschwerdeführer gestellten Anträge als diesem nachtheilig sich darstellt, als Gegenstand des Angriffs desselben zu gelten hat. Beschluß des R. G. vom 17. März 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 267 S. 375. 376.

10. **In den Fällen, in welchen die Einlegung der Beschwerde durch einen Rechtsanwalt überhaupt erforderlich ist, erscheint das Rechtsmittel der Beschwerde gesetzmäßig eingelegt, wenn die Beschwerdeschrift bei dem Gerichte, gegen dessen Entscheidung Beschwerde erhoben wird, durch einen bei diesem Gerichte zugelassenen Rechtsanwalte, oder bei dem Beschwerdegerichte — soweit die Beschwerde hier eingelegt werden kann — durch einen bei letzterem Gerichte zugelassenen Rechtsanwalt eingereicht worden ist.** Die Entscheidung der Frage, welche Rechtsanwälte befugt seien, als Bevollmächtigte der beschwerdeführenden Partei die Beschwerdeschrift einzureichen, ist nicht aus den Vorschriften über die Förmlichkeiten des Rechtsmittels der Beschwerde (§ 530 ff. C. P. O.), sondern aus den auf Prozeßhandlungen überhaupt bezüglichen Vorschriften über die Nöthigung der Parteien, sich durch Rechtsanwälte als Bevollmächtigte vertreten zu lassen (§ 74 C. P. O.), und die Befugniß der Rechtsanwälte zu solcher Vertretung (§ 27 der Rechtsanwaltsordnung) zu entnehmen. Nach diesen Vorschriften sind die Parteien befugt und genöthigt, soweit der Anwaltszwang reicht, auch zur Einreichung der Beschwerdeschrift behufs Einlegung des Rechtsmittels der Beschwerde sich eines bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwaltes zu bedienen. Als Prozeßgericht im Sinne des § 74 C. P. O. erscheint dasjenige Gericht, bei welchem der Prozeß anhängig oder durch die vorzunehmende Handlung anhängig zu machen ist. Sind aber verschiedene Abschnitte desselben Prozesses bei verschiedenen Gerichten zu erledigen, so kann bezüglich jeder einzelnen Prozeßhandlung nur dasjenige Gericht, vor welches diese Handlung gehört, als das Prozeßgericht im Sinne des § 74 angesehen werden. Daher erscheint bezüglich der Einlegung der Beschwerde, welche nach §§ 532. 540 Abs. 2 C. P. O. bald bei dem Gerichte, gegen dessen Entscheidung Beschwerde geführt wird, bald bei dem Beschwerdegerichte stattfindet, entweder das erstere oder das letztere als Prozeßgericht, je nachdem die Beschwerde hier oder dort eingelegt wird. Hieraus ergibt sich, daß die Beschwerdeschrift im ersteren Falle von einem bei dem beschwerenden Gerichte, im anderen Falle von einem bei dem Beschwerdegerichte zugelassenen Rechtsanwalte einzureichen ist. Anders würde man entscheiden müssen, wenn das erstgedachte Gericht

Digitized by Google

die Beschwerdeschrift nur anstatt des Beschwerdegerichtes, als dessen Organ, für letzteres entgegenzunehmen und weiterzubefördern hätte. Unter dieser Voraussetzung würde die Annahme gerechtfertigt sein, daß die Einreichung bei dem beschwerenden Gerichte nichts anderes sei, als eine Einreichung bei dem Beschwerdegerichte, mithin auch nur durch einen bei letzterem zugelassenen Rechtsanwalt erfolgen könne. In dieser Weise aber hat die Civilprozeßordnung die Stellung des Gerichtes, gegen dessen Entscheidung Beschwerde erhoben wird, nicht bestimmt. Insbesondere geht aus der Vorschrift des § 534, wonach dasselbe die bei ihm eingelegte Beschwerde zu prüfen, der für begründet erachteten Beschwerde selbst abzuhelfen und nur die von ihm für unbegründet erachteten Beschwerden dem Beschwerdegerichte vorzulegen hat, mit Bestimmtheit hervor, daß ersteres Gericht die Beschwerde im eigenen Namen und vermöge seiner gesetzlich bestimmten Zuständigkeit, nicht aber in Vertretung des Beschwerdegerichtes für letzteres entgegennimmt. Ist dem Gerichte, gegen dessen Entscheidung Beschwerde erhoben wird, diese Stellung in Beziehung auf die Beschwerde überhaupt zugewiesen, so nimmt es dieselbe auch bei der nur als Unterart der Beschwerde erscheinenden sofortigen Beschwerde ein, obgleich der besondere aus § 534 zu entnehmende Grund nach § 540 Abs. 3 bei der sofortigen Beschwerde nicht zutrifft. Ein Bedenken gegen die im Vorstehenden begründete, auch in der Literatur nicht unvertretene Ansicht (vgl. H. Meyer, Anleitung zur Prozeßpraxis nach der Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877, S. VI, 99, 206) könnte daraus entnommen werden, daß die Motive zu den §§ 508 bis 510 des Entwurfes der Civilprozeßordnung davon auszugehen scheinen, daß die Beschwerdeschrift als für das Beschwerdegericht bestimmt von einem bei letzterem zugelassenen Anwalte eingereicht werden müsse. Sie bemerken: „Die Beschwerde wird nach § 508 Abs. 2 entweder durch eine Beschwerdeschrift oder in den dort zugelassenen Fällen zum Protokolle des Gerichtsschreibers eingelegt. Ersteren Falls ist die Beschwerdeschrift — weil für das Beschwerdegericht, also für ein Gericht höherer Ordnung bestimmt — nach der allgemeinen Regel des § 72 (Norddeutsche Protokolle III S. 1560) eine Anwaltsschrift." Es ist indessen dieser Bemerkung ein erhebliches Gewicht um so weniger beizulegen, als dieselbe nur davon handelt, ob die Beschwerdeschrift von einem Rechtsanwalte einzureichen sei, nicht aber von der hier zu entscheidenden Frage, welche Rechtsanwälte zur Einreichung derselben befugt seien, und da ferner dieselbe auch in Betreff der ersteren Frage ungenau ist, indem man eine in den Verhandlungen über den sogenannten norddeutschen Entwurf der Civilprozeßordnung vorkommende und nach den Bestimmungen dieses Entwurfes über die Beschwerde in amtsgerichtlichen Sachen zutreffende Bemerkung unverändert in die Motive des dem Reichstage vorgelegten Entwurfes aufgenommen hat, obgleich sie nach den Bestimmungen des letzteren Entwurfes bezüglich der Beschwerde in amtsgerichtlichen Sachen nicht zutrifft. Andererseits ergibt sich eine Unterstützung der hier gebilligten Ansicht aus § 41 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, welcher bestimmt, daß in der Instanz der an eine Nothfrist nicht gebundenen Beschwerde dem Rechtsanwalte die Prozeßgebühr nicht zusteht, wenn ihm dieselbe in der Instanz zustand, in welcher die angefochtene Entscheidung ergangen ist. Es ist nicht anzunehmen, daß bei

Digitized by Google

der hieraus ersichtlichen Unterstellung der Möglichkeit eines Handelns des beim beschwerenden Gerichte zugelassenen Rechtsanwaltes in der Beschwerdeinstanz ausschließlich an die selteneren Fälle gedacht worden sei, in welchen ein bei dem Beschwerdegerichte zugelassener Rechtsanwalt bei dem Gericht, gegen dessen Entscheidung Beschwerde erhoben ist, gehandelt und Prozeßgebühr zu fordern hat, wie es z. B. im amtsgerichtlichen Verfahren und in den Fällen der §§ 10 und 11 der Rechtsanwaltsordnung vorkommen kann. Ist der § 41 aber auf diese Fälle nicht beschränkt, so ergibt sich daraus ein gesetzliches Anerkenntniß der Möglichkeit, daß der beim beschwerenden Gerichte zugelassene Rechtsanwalt, welcher in der Instanz gehandelt hat, in welcher die angefochtene Entscheidung ergangen ist, auch in der Beschwerdeinstanz handelt, obwohl er beim Beschwerdegerichte nicht zugelassen ist. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß auch in solchen Fällen, in welchen nach den Reichsgesetzen die Berufung bei dem Gerichte erster Instanz durch Einreichung einer Berufungsschrift einzulegen ist, nämlich in Konsularsachen nach § 20 des Reichsgesetzes vom 10. Juli 1879 und in Patentsachen nach § 32 des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877 in Verbindung mit § 14 der Kaiserlichen Verordnung vom 1. Mai 1878, die Einreichung der Berufungsschrift durch einen bei dem Berufungsgerichte zugelassenen Rechtsanwalt nicht verlangt wird. (Entsch der vereinigten Civilsenate des R. G. 29. IV. 80.) R. C. I. (156.) 431—435. A. II. (7.) 81—84.

11. **Ein die Zwangsvollstreckung oder Rechtshülfe betreffendes Verfahren ist im Sinne des § 532 Abs. 2 der R. C. P. O. als ein bei einem Amtsgericht anhängiger oder anhängig gewesener Prozeß anzusehen; daher kein Anwaltszwang.** Vor Allem kann nach der Fassung des § 74 der R. C. P. O. darüber kein Zweifel sein, daß das Verfahren vor dem A. G. selbst auch in diesen Fällen dem Anwaltszwange auch dann nicht unterliegt, wenn der Hauptprozeß bei einem Gerichte höherer Ordnung anhängig ist; im Abs. 2 des § 74 ist sogar ausdrücklich das Verfahren vor dem ersuchten Richter, welcher nach § 158 des G. V. G. eben stets ein A. G. ist, ausgenommen. Nun ist aber kein innerer Grund ersichtlich, weßhalb dann die analoge, durch § 532 Abs. 2 vgl. mit § 74 Abs. 2 der R. C. P. O. zugelassene Erleichterung in der Form der Beschwerdeeinlegung in amtsgerichtlichen Sachen nicht auch diesen Sachen zu Gute kommen sollte. Unterstützend kommt in Betracht, daß, dem Wortlaute des Gesetzes entsprechend, doch jedenfalls auch von diesen Sachen mit Recht gesagt wird, daß sie bei einem A. G., nämlich mindestens auch bei einem A. G. anhängig sind oder waren. Besonders aber fällt noch in's Gewicht, daß nach § 495 der R. Str. Pr. O. auch solche Sachen möglicherweise im Zwangsvollstreckungsverfahren als civilprozessualische an die Amtsgerichte als Vollstreckungsgerichte gelangen, welche im Civilprozesse noch bei gar keinem anderen Gerichte anhängig gewesen sind und daher, wie sie dem civilprozessualischen Anwaltszwange nicht unterlegen haben können, so im Sinne des § 532 Abs. 2 der R. C. P. O. jedenfalls nur als in erster Instanz beim A. G. anhängig gelten können. **Jedenfalls hat man sich dafür zu entscheiden, daß allemal, wenn es sich in der Beschwerdeinstanz um eine in erster Instanz von einem Amtsgerichte ergangene Verfügung handelt, der Anwaltszwang für die Beschwerde wegfällt.**

Digitized by Google

(R. G. 30. XII. 82.) R. C. XII. (95.) 356—357. A. VII. (58.) 185. 186.

12. Nach § 12 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte steht gegen den in § 16 des G. K. G. bezeichneten Beschluß dem Rechtsanwalte die Beschwerde zu. Das Gesetz verstattet aber dieses Rechtsmittel nur nach „Maßgabe der §§ 531—538 C. P. O.", ohne weiteren Zusatz. **Hieraus folgt, daß die Beschwerde des § 12 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, wenn der Rechtsstreit nicht bei einem Amtsgerichte anhängig ist oder anhängig war, gemäß §§ 532 und 74 C. P. O. bei dem Gerichte, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, lediglich durch Einreichung einer Beschwerdeschrift eingelegt werden kann, welche ein dort zugelassener Rechtsanwalt unterzeichnet hat.** Allerdings ist die Beschwerdeführung in ähnlichen Fällen nach § 4 Abs. 3, § 16 Abs. 2 G. K. G. von dem Anwaltszwange befreit. Diese besonderen Vorschriften lassen sich indessen auf die in § 12 a. a. O. erwähnte Beschwerde nicht anwenden. Die bloße Aehnlichkeit der Fälle rechtfertigt eine entsprechende Anwendung um so weniger, als der Gesetzgeber Gründe gehabt haben kann, für den Beschwerdefall des § 12 a. a. O. den Anwaltszwang nicht auszuschließen. (R. G. 19. X. 83.) R. C. X. (116.) 373. 374.

13. **Auch eine gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluß beim R. G. erhobene Beschwerde muß von einem beim R. G. zugelassenen Rechtsanwalte unterzeichnet sein.** Nach § 74 der R. C. P. O. und dem Beschluß der Vereinigten Civilsenate des R. G. vom 29. April 1880 (Annalen Bd. II S. 81; Entsch. Bd. I S. 431) muß eine vom R. G. zu entscheidende Beschwerde, wenn die Beschwerdeschrift beim R. G. eingereicht wird, der Regel nach von einem bei demselben zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Eine der im § 531 daselbst aufgeführten Ausnahmen liegt nicht vor, und es kann auch daraus, daß nach § 98 das Gesuch um Festsetzung des zu erstattenden Betrages der Prozeßkosten vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden kann, die Befreiung der gegen den Festsetzungsbeschluß erhobenen Beschwerde vom Anwaltszwange nicht gefolgert werden, da diese Bestimmung nur für das bei dem Gericht erster Instanz anzubringende Gesuch gegeben ist. Denn, wäre der Gesetzgeber davon ausgegangen, daß in allen Fällen, in welchen der Antrag oder das Gesuch, auf welches die erste Entscheidung ergeht, vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden kann, auch die Beschwerde vom Anwaltszwange befreit sein solle, so hätte es in Hinblick auf §§ 109, 346, 351, 352, 367 nicht der Bestimmung des § 532 bedurft, daß die Einlegung der Beschwerde zu Protokoll des Gerichtsschreibers erfolgen könne, wenn die Beschwerde das Armenrecht betrifft oder von einem Zeugen oder Sachverständigen erhoben wird. (R. G. 11. V. 82.) A. V. (137.) 531.

14. **Zur Einlegung einer Beschwerde gegen einen Kostenfeststellungsbeschluß gemäß § 98 der Reichs-Civilprozeßordnung bei dem Landgerichte, welches den Beschluß erlassen hat, ist auch ein an diesem Landgerichte zugelassener Rechtsanwalt befugt.** (B. O. L. 5. IV. 84.) S. X. (139.) 381.

15. **Für die Erhebung von Erinnerungen oder Beschwerden eines Zahlungspflichtigen wegen des Ansatzes von Gebühren oder Auslagen ist anwaltschaftliche Mitwirkung überhaupt nicht geboten.** (B. O. L. 5. IV. 84.) S. X. (139.) 381.

Digitized by Google

§ 533. **§ 533.**

Die Beschwerde kann auf neue Thatsachen und Beweise gestützt werden.

1. S. hierüber bei § 531 ad R. C. I. (81.) 223—225.

2. Bei der ganz allgemeinen Fassung der Bestimmung des § 533 kann dessen **Anwendung auf die sofortige und die weitere Beschwerde nicht ausgeschlossen** werden, wie Gaupp (Kommentar zu § 533 C. P. O. Theil II S. 593) richtig hervorhebt. Diese Bestimmung erhält bei der weiteren Beschwerde nur ein Gegengewicht durch die Vorschrift des § 531 Abs. 2 C. P. O., laut welcher die weitere Beschwerde nur gegen solche Entscheidungen des Beschwerdegerichtes zulässig ist, welche im Verhältnisse zu der ersten angegriffenen Entscheidung einen neuen selbständigen Beschwerdegrund enthalten. (R. G. 1. XI. 82.) R. C. VIII. (92.) 338.

§ 534. **§ 534.**

Erachtet das Gericht oder der Vorsitzende, dessen Entscheidung angefochten wird, die Beschwerde für begründet, so haben sie derselben abzuhelfen; andernfalls ist die Beschwerde vor Ablauf einer Woche dem Beschwerdegerichte vorzulegen.

§ 540 Abs. 2. St. P. O. § 348.

Es ist unzweifelhaft, daß, wenn die Rechtsmittel der Berufung oder Revision durch Erkenntniß als unbegründet zurückgewiesen sind, dieselben nicht unter besserer Begründung wiederholt werden können. Wie aber aus § 534 der R. C. P. O. erhellt, läßt sich dieser Grundsatz in der Allgemeinheit nicht auf das Rechtsmittel der einfachen Beschwerde anwenden. **Nach den über die einfache Beschwerde geltenden Rechtsgrundsätzen ist es zulässig, die Beschwerde durch Beibringung derjenigen Beweismittel zu ergänzen, wegen deren Mangel die Beschwerde allein zurückgewiesen ist.** (R. G. 2. II. 84.) A. IX. (112.) 448. 449.

§ 535. **§ 535.**

Die Beschwerde hat nur dann aufschiebende Wirkung, wenn sie gegen eine der in den §§ 345, 355, 374, 579, 619 erwähnten Entscheidungen gerichtet ist.

Das Gericht oder der Vorsitzende, dessen Entscheidung angefochten wird, kann anordnen, daß die Vollziehung derselben auszusetzen sei.

Das Beschwerdegericht kann vor der Entscheidung eine einstweilige Anordnung erlassen; es kann insbesondere anordnen, daß die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung auszusetzen sei.

St. P. O. § 349.

Die Amtsgerichte sind nicht zur Anfechtung der ihre Entscheidung abändernden Beschlüsse des Landgerichts im Wege der weiteren Beschwerde berechtigt. Beschl. des Kammer-Ger. v. 24/3., 7/4. u. 7/6. 80. Johow I. 5.

3. Verfahren vor dem Beschwerdegericht.

§ 536. **§ 536.**

Die Entscheidung über die Beschwerde kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Ordnet das Gericht eine schriftliche Erklärung an, so kann dieselbe in den Fällen, in welchen die Beschwerde zum Protokolle des Gerichtsschreibers eingelegt werden darf, zum Protokolle des Gerichtsschreibers abgegeben werden.

St. P. O. § 350.

§ 537. **§ 537.**

Das Beschwerdegericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Beschwerde an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen.

§ 497.

Digitized by Google

Die weitere Beschwerde ist kostenpflichtig als unzulässig zu verwerfen, wenn sie nicht a) die Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm enthält, b) durch Einreichung einer von einem R. A. unterzeichneten Schrift oder durch Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers erhoben wird. Beschl. des Kammer-Ger. v. 22/12. 79. Johow I. S. 2 u. 3.

§ 538. § 538.

Erachtet das Beschwerdegericht die Beschwerde für begründet, so kann es demjenigen Gericht oder Vorsitzenden, von welchem die beschwerende Entscheidung erlassen war, die erforderliche Anordnung übertragen.

§ 539. § 539.

Wird die Aenderung einer Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters oder des Gerichtsschreibers verlangt, so ist die Entscheidung des Prozeßgerichts nachzusuchen.

Die Beschwerde findet gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts statt.

Die Bestimmung des ersten Absatzes gilt auch für das Reichsgericht.

§ 540. St. P. O. § 348 Abs. 3 Ger. K. G. § 45 Abs. 2. R. A. G. O. § 29 Nr. 5, § 41 Nr. 2.

1. **Abs. 1. Nach den §§ 539, 646 der R. C. P. O.; § 45 Abs 2; § 38 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes kennt das Deutsche Prozeßrecht nicht bloß Entscheidungen des Richters, sondern auch des Gerichtsschreibers.** (R. G. 10. XI. 80.) A. III. (33.) 112.

2. **Die Beschwerde gegen die Festsetzung der einem Zeugen oder Sachverständigen zu gewährenden Beträge durch einen ersuchten oder beauftragten Richter findet in Civilsachen nicht nach Maßgabe des § 539 C. P. O. statt.** Der beauftragte und ersuchte Richter hat nur übertragene Rechte des Gerichtes auszuüben; er ist daher neben den allgemeinen Regeln des Verfahrens an den Auftrag des Gerichtes gebunden (§§ 316. 317. 321. — §§ 326. 327. 331 C. P. O.). Nur ausnahmsweise ist er ermächtigt (§§ 200. 320. 352. — §§ 207. 330. 365 C. P. O.), zur Beschleunigung des Prozeßganges selbständige Entscheidungen zu treffen, welche übrigens unter Umständen der Berichtigung durch das Prozeßgericht unterliegen (§ 350 Abs. 2 — § 363 Abs. 2 C. P. O.). Diesem prinzipiellen Gesichtspunkte entsprechend, bestimmt der § 515 (§ 539 C. P. O.), daß die Partei, welche die Aenderung einer Anordnung des beauftragten oder ersuchten Richters verlangt, zunächst die Entscheidung des Prozeßgerichtes einzuholen hat, und daß die Beschwerde erst gegen die Verfügung des letzteren stattfindet. Der § 702 des preußischen Entwurfes beabsichtigt nach den Motiven S. 180 abweichend, aber nur für das Verfahren in erster Instanz, daß die Beschwerde sofort an das Berufungsgericht gehen soll. Der Vorschlag ist prinzipwidrig und auch bei Berathung des norddeutschen Entwurfes § 830 (Prot. Bd. 3 S. 1562. 1563) verworfen. Der Grundsatz des § 515 a. a. O. (§ 539 C. P. O.) ist ausdrücklich auf die von dem Gerichtsschreiber getroffenen Entscheidungen erstreckt. Dagegen sind nach den §§ 508. 510. 511. 514 (— §§ 532. 534. 535. 538 C. P. O.) die Verfügungen des Vorsitzenden denen des Gerichtes insofern gleichgestellt, als letzteres nicht als eine Instanz über dem Vorsitzenden erscheint. Maßgebend war die Rücksicht auf die Autorität des Vorsitzenden gegenüber den übrigen Mitgliedern des Gerichts. Hier wird also dem beauftragten und dem ersuchten Richter eine andere Stellung angewiesen, als dem Vorsitzenden. Der beauftragte und der ersuchte

Digitized by Google

Richter entscheidet auf Grund des ihm vom Gerichte ertheilten Auftrages; deßhalb soll dessen Entscheidung von dem Gerichte als Auftraggeber korrigirt werden können, und Beschwerde an das vorgesetzte Instanzgericht ist erst gegeben, wenn diese Korrektur nicht für richtig erkannt wird. Der Vorsitzende dagegen leitet sein Entscheidungsrecht nicht aus einem Auftrage des Gerichtes her, sondern er entscheidet kraft eigenen Rechtes selbständig; deßhalb unterliegt seine Entscheidung nicht der Berichtigung durch das Gericht, sondern es ist gegen dieselbe unmittelbar die Beschwerde an das vorgesetzte Instanzgericht gegeben. Diese Stellung des beauftragten und des ersuchten Richters ist aber nicht ausnahmslos in den Gesetzen festgehalten. Wenn auch die Bestimmung des § 160 G. V. G. nicht, als eine Ausnahme enthaltend, herangezogen werden kann, weil dort die Ablehnung des Ersuchens um Rechtshilfe gerade gegen den Auftrag des ersuchenden Gerichtes gerichtet ist, indem die Befugniß des letzteren zur Ertheilung des Auftrages nicht anerkannt wird, so ist doch nicht zu verkennen, daß es sich im § 183 G. V. G. um eine Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters handelt, welche in demjenigen Verfahren getroffen ist, auf dessen Vornahme sich der Auftrag, beziehungsweise das Ersuchen des Gerichtes erstreckte, und daß dessenungeachtet die Beschwerde gegen die straffestsetzende Verfügung des beauftragten oder ersuchten Richters unmittelbar an das Oberlandesgericht, also ein vorgesetztes Instanzgericht, gewiesen ist, ohne daß eine vorgängige Entscheidung des beauftragenden oder ersuchenden Prozeßgerichtes gefordert wird. Das im § 539 C. P. O. ausgesprochene Prinzip ist auch nicht auf das Strafverfahren übertragen. Dort findet nach § 346 St. P. O. die Beschwerde auch gegen die Verfügungen des beauftragten oder ersuchten Richters statt, ohne daß eine Zwischenentscheidung des Prozeßgerichtes vorausgesetzt wird, und die Beschwerde über den beauftragten Richter, welcher stets nur ein Mitglied des Landgerichtes oder des Schwurgerichtes sein kann, geht an das Oberlandesgericht, die Beschwerde über den ersuchten Richter, weil derselbe stets ein Amtsrichter ist (§ 158 G. V. G.), an die Strafkammer des ihm vorgesetzten Landgerichtes (§ 72 G. V. G.). (Vgl. Löwe, Kommentar zur Strafprozeßordnung Anm. 4 d zu § 346.) Es läßt sich hiernach nicht sagen, daß das Prinzip des § 539 C. P. O. ein solches ist, welches keine Ausnahme gestattet. Auch fehlt es, sofern die Entscheidung eines beauftragten Richters in Frage steht, wie Hoffmann (in der juristischen Wochenschrift von 1882 S. 30) meint, nicht an einem Beschwerdegerichte nach § 531 C. P. O., falls der § 539 nicht zur Anwendung gebracht wird. Wenn auch der beauftragte Richter einer Civilkammer als Mitglied angehört und deßhalb nicht das Gericht repräsentirt, so handelt er doch in seiner Eigenschaft als Beauftragter des Gerichtes bei Vornahme der ihm übertragenen Geschäfte und in Ausübung der ihm durch das Gesetz für solchen Fall zugewiesenen Befugnisse als Stellvertreter des Gerichtes, und seine in diesen Geschäften getroffenen Entscheidungen und gefaßten Beschlüsse müssen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als solche des Gerichtes als des Auftraggebers gelten. Demzufolge würden die Beschwerden gegen den beauftragten Richter gemäß § 531 C. P. O. an das dem beauftragenden Gerichte vorgesetzte Instanzgericht gehen. Im Strafverfahren, für welches eine dem § 539 C. P. O. ent-

Digitized by Google

sprechende Vorschrift nicht gegeben ist, mußte, weil weder das Gerichtsverfassungsgesetz, noch die Strafprozeßordnung eine den bei Beschwerden über den beauftragten Richter eintretenden Instanzenzug regelnde Bestimmung enthält, jene Konsequenz gezogen werden und die Praxis hat dies ohne Anstand gethan (vgl. Löwe a. a. O.). **Eine Nothwendigkeit, welche zur Anwendung des § 539 C. P. O. zwänge, so oft die Aenderung einer Entscheidung des beauftragten Richters verlangt wird, ist somit nicht anzuerkennen.** Wenn nun der § 17 der Gebührenordnung für Zeugen ꝛc. im Abs. 1 bestimmt: „Die einem Zeugen oder Sachverständigen zu gewährenden Beträge werden durch das Gericht oder den Richter, vor welchem die Verhandlung stattfindet, festgesetzt" und im Abs. 3 hinzufügt: „Gegen die Festsetzung findet Beschwerde nach Maßgabe der §§ 531—538 C. P. O. und des § 4 Abs. 3 des Gerichtskostengesetzes, in Strafsachen nach Maßgabe der §§ 346—352 St. P. O. statt", so kann weder die Ausführbarkeit dieser Bestimmung in Abs. 3 bei Nichtanwendung des § 539 C. P. O., welcher unter den Vorschriften nicht mit aufgeführt ist, nach deren Maßgabe die Beschwerde in Civilsachen stattfinden soll, in Frage gestellt werden, noch stellt sich die Nichtanwendung des § 539 a. a. O. als eine durchaus vereinzelte Abweichung von dem oben erörterten Prinzipe dar, sodaß mangels einer Parallelvorschrift Bedenken darüber entstehen könnten, ob diese Ausnahme vom Gesetze gewollt sei. Vielmehr muß, zumal die Materialien zu der Gebührenordnung für Zeugen ꝛc. (vgl. Drucksachen des Reichstages 1877/78 Nr. 76. 288) irgend welchen Anhalt für die entgegengesetzte Absicht der gesetzgebenden Faktoren nicht bieten, angenommen werden, der Wille des Gesetzgebers habe seinen richtigen Ausdruck in dem Wortlaute des § 17 Abs. 3 der Gebührenordnung für Zeugen ꝛc. gefunden: die Beschwerde solle nicht nach Maßgabe des § 539 C. P. O. stattfinden, und deßhalb sei der § 539 nicht unter den Bestimmungen der Civilprozeßordnung genannt, nach deren Maßgabe die Beschwerde stattfindet. Von den Kommentatoren der Civilprozeßordnung hat sich denn auch die Mehrzahl derjenigen, welche die Frage überhaupt berühren, dafür entschieden, daß **der § 539 C. P. O. bei der im § 17 Abs. 3 der Gebührenordnung für Zeugen ꝛc. zugelassenen Beschwerde keine Anwendung** finde; — (vgl. Gaupp, Bd. 2 S. 299. 600 Anm. 1; Wilmowsky u. Levy, Bd. 1 S. 517 Anm. 3; Petersen, S. 777 Anm. 1); nur einer (Reincke, S. 356 Litt. b Nr. 6 zu § 365) hält den § 539 a. a. O. für anwendbar, ohne jedoch Gründe anzugeben. Aus der Praxis der Oberlandesgerichte sind abweichende Entscheidungen bekannt geworden. Zu der von der Majorität der Kommentatoren vertretenen Ansicht sind die Oberlandesgerichte zu Kiel und Dresden gelangt. In dem Beschlusse des ersteren vom 8. August 1880 (vgl. Wallmann, Deutsche Juristenzeitung Bd. 5 S. 74) wird zunächst darauf hingewiesen, daß im § 17 Abs. 3 der Gebührenordnung der § 539 a. a. O. nicht in Bezug genommen ist, und dann fortgefahren: „In der That lag auch gar kein Grund vor, die Beschwerden von Zeugen und Sachverständigen gegen die Festsetzung ihrer Gebühren seitens des ersuchten oder beauftragten Richters zunächst an den Prozeßrichter zu verweisen, da die betreffenden Beschwerden selbständige Punkte betreffen, deren Entscheidung ohne Einfluß auf den Prozeß ist." Das Oberlandesgericht zu Dresden,

Digitized by Google

welches früher anders entschieden hatte (Beschluß vom 11. August 1883), hat sich durch Beschluß vom 12. Januar 1884 (vgl. Wengler, Archiv, Neue Folge, Bd. 5 S. 359. 362) der herrschenden Meinung angeschlossen. Von der entgegengesetzten Auffassung ist das Oberlandesgericht zu Kolmar in dem Beschlusse vom 18. März 1885 (ohne Begründung) ausgegangen. (Vgl. Juristische Zeitschrift für Elsaß-Lothringen Bd. 10 S. 223 ff.) Näher begründet ist die Gegenansicht bisher nur von Hoffmann (Jurist. Wochenschrift 1882 S. 59). Die Widerlegung der Gründe, soweit dieselbe nicht schon erfolgt ist, fällt nicht schwer. Zum Theil gehen dieselben von irrigen Voraussetzungen aus. Wenn gesagt wird, die Nichterwähnung des § 539 finde ihre Erklärung schon darin, daß nur die §§ 531—538 a. a. O. vom Verfahren über die Beschwerde handeln, und berechtige daher keineswegs zur Annahme, der Gesetzgeber habe, während er doch nur schlechthin auf die Vorschriften der Civilprozeßordnung verweise, durch sein bloßes Schweigen über § 539 eine so ganz abweichende Bestimmung über die Zuständigkeit treffen wollen: so kann man dies als Erklärungsversuch gelten lassen, obwohl § 531 Abs. 1 eine ausreichende Bestimmung über die Zuständigkeit enthält und der § 539 a. a. O. nicht allein die Zuständigkeit, sondern auch das Verfahren betrifft, aber es würde der bisher in den Gesetzen üblichen Ausdrucksweise wenig entsprechen, wenn der Gesetzgeber nicht durch bloßes Schweigen, sondern durch ausdrückliche Ausschließung den § 539 von der Anwendung ferngehalten hätte. Die Verweisung auf die entsprechenden Bestimmungen der Strafprozeßordnung ferner kann auch nicht zur Unterstützung der Gegenmeinung dienen; denn es ist schon gezeigt, daß im Strafverfahren über die Beschwerde gegen den Einzelrichter nicht, wie Hoffmann anzunehmen scheint, die Strafkammer als das nämliche Gericht, welchem der Richter angehört, daß vielmehr darüber stets das im Instanzenzuge höhere Gericht, also die Strafkammer über die Beschwerde gegen den ersuchten Amtsrichter und das Oberlandesgericht über Beschwerden gegen den von der Strafkammer oder dem Schwurgerichte beauftragten Richter entscheidet. Von einer Gleichheit des Verfahrens in Civilsachen und in Strafsachen kann demnach bei Anwendung des § 539 C. P. O. in Civilsachen nicht die Rede sein. Wohl aber führt die Nichtanwendung des § 539 C. P. O. zu einem in beiden Prozeßarten gleichen Verfahren, da dann in Civil- wie in Strafsachen die Beschwerde über den ersuchten oder beauftragten Richter unmittelbar, ohne daß eine Entscheidung des Prozeßgerichts dazwischen zu treten hat, an das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht geht (§ 531 C. P. O.; §§ 72. 123 Nr. 5 G. V. G.; §§ 346. 347 St. P. O.), und die Nichtheranziehung des § 539 C. P. O. im § 17 Abs. 3 der Gebührenordnung für Zeugen ꝛc. findet ihre einfache Erklärung darin, daß die Beschwerde für den Civilprozeß und für den Strafprozeß hat in gleicher Weise geregelt werden sollen. Und zwar in einer Weise, welche eine sachgemäße Entscheidung verbürgt; denn da nach § 166 G. V. G. für die Höhe der den im Rechtshilfeverfahren geladenen Zeugen und Sachverständigen gebührenden Beträge die Bestimmungen maßgebend sind, welche bei dem Gerichte gelten, vor welches die Ladung erfolgt, so kann eine sachgemäße Entscheidung über die Gebühren nur durch ein Gericht erfolgen, welchem die bei Festsetzung der Gebühren zu berücksichtigenden lokalen

Digitized by Google

Verhältnisse bekannt sind, eine solche Kenntniß wird aber in vielen Fällen bei dem sehr häufig vom Orte des ersuchten Gerichtes weit entfernten Prozeßgerichte — man denke nur: ein Amtsgericht in der Provinz Ostpreußen ersucht ein Amtsgericht in Oberbayern — nicht anzutreffen sein, während sie bei dem dem ersuchten Richter vorgesetzten Beschwerdegerichte vorauszusetzen ist. **Es ist somit eine solche Eingabe des eine Aenderung der Entscheidung des beauftragten Richters nachsuchenden Beschwerdeführers von dem betr. Prozeßgerichte an das Reichsgericht als das durch § 531 C. P. O. zur Entscheidung berufene zunächst höhere Gericht abzugeben.** (R. G. 20. XI. 86.) R. C. XVII. (87.) 352—358.

3. **Abs. 2. Der § 531 Abs. 2 C. P. O. findet auf die in § 539 Abs. 2 C. P. O. bezeichnete Beschwerde keine Anwendung.** Die Zulässigkeit dieser Beschwerde ist durch das Vorhandensein eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes nicht bedingt. Denn wenn die Aenderung einer Entscheidung des Gerichtsschreibers bei dem Prozeßgerichte beantragt wird, gilt nach § 539 C. P. O. erst die auf diesen Antrag ergehende Verfügung des Prozeßgerichtes als diejenige Entscheidung, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet. (R. G. 7. VII. 83.) R. C. IX. (112.) 385.

4. Sofortige Beschwerde.

§ 540.

§ 540.

Für die Fälle der sofortigen Beschwerde gelten die nachfolgenden besonderen Bestimmungen.

§ 530.

Die Beschwerde ist binnen einer Nothfrist von zwei Wochen, welche mit der Zustellung, in den Fällen der §§ 301 und 829 Abs. 3 mit der Verkündung der Entscheidung beginnt, einzulegen. Die Einlegung bei dem Beschwerdegerichte genügt zur Wahrung der Nothfrist, auch wenn der Fall für dringlich nicht erachtet wird. Liegen die Erfordernisse der Nichtigkeits- oder der Restitutionsklage vor, so kann die Beschwerde auch nach Ablauf der Nothfrist innerhalb der für diese Klagen geltenden Nothfristen erhoben werden.

Das Gericht ist zu einer Abänderung seiner durch Beschwerde angegriffenen Verfügung nicht befugt.

In den Fällen des § 539 muß auf dem für die Einlegung der Beschwerde vorgeschriebenen Wege die Entscheidung des Prozeßgerichs binnen der Nothfrist nachgesucht werden. Das Prozeßgericht hat das Gesuch, wenn es demselben nicht entsprechen will, dem Beschwerdegerichte vorzulegen.

St. P. O. § 353. Konk. O. § 66 Abs. 3. R. A. G. O. § 41 Nr. 1 Abs. 2.

1. **Abs. 1. Die sofortige Beschwerde** ist im Sinne der Civilprozeßordnung nicht etwa ein besonderes, von der gewöhnlichen Beschwerde verschiedenes Rechtsmittel, sodaß gegebenen Falles diese beiden Rechtsmittel der betroffenen Partei zur Auswahl stehen könnten, sondern die Eigenschaft der Beschwerde als „sofortiger" ist nur eine für gewisse Fälle vorgesehene Qualifikation des einen Rechtsmittels der Beschwerde, welche immer da eintritt, wo überhaupt nach besonderer Vorschrift der C. P. O. die sofortige Beschwerde stattfindet, gleichviel, ob im einzelnen Falle zugleich auch schon nach der allgemeinen Vorschrift des § 530 eine Beschwerde gegeben sein würde. Dies wird ganz klar gestellt dadurch, daß in § 229 für den Fall der Ablehnung eines Gesuches um Aussetzung des Verfahrens die sofortige Beschwerde gegeben wird, was bei Zugrundelegung der ent-

Digitized by Google

gegengesetzten Auffassung deßhalb zwecklos sein würde, weil in diesem Fall unzweifelhaft auch schon nach § 530 vgl. mit § 225 die Beschwerde Platz greift. Urtheil des Reichsgerichts vom 8. November 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 161 S. 241. R. C. XV. (127.) 432.

2. **Die Beschwerde gegen einen Beschluß, welcher eine Kostenfestsetzung ablehnt, ist nicht eine sofortige, sondern eine gewöhnliche Beschwerde.** (R. G. 15. II. 82.) R. C. VI. (121.) 390.

3. **Ueber § 540 s. auch bei § 304** ad R. C. IX. (121.) 422.

4. **Abs. 2.** Den vom Gesetze anerkannten Fällen der sofortigen Beschwerde liegt insgesammt der Gedanke zu Grunde, daß, weil die dabei in Frage stehenden gerichtlichen Verfügungen auf Rechte des Gegners oder eines Dritten einwirken und daher einer Rechtskraft fähig sind, es geboten erscheinen müsse, den baldigen Eintritt dieser letzteren herbeizuführen. In dieser Erwägung ist für die Erhebung der sofortigen Beschwerde eine Nothfrist eingeführt, deren Ablauf mit der Präklusion des Rechtsmittels bedroht ist, und deren Beginn in den Fällen der §§ 301 und 829 Abs. 3 C. P. O. an die Verkündung, im Uebrigen an die Zustellung des gefaßten Beschlusses geknüpft ist. (§ 540 Abs. 2.) Im Begriffe einer Nothfrist liegt, daß sie nicht anders zu laufen beginnt, als wenn die gesetzmäßigen Voraussetzungen für ihren Beginn strenge eingehalten sind. In dieser Beziehung kann kein Unterschied bestehen zwischen den verschiedenen Nothfristen, welche das Gesetz kennt; überdies wird auch die diesfällige Gleichförmigkeit der Beschwerdefristen mit den für die Rechtsmittel gesetzten Fristen von den Motiven ausdrücklich anerkannt. **Die Nothfrist der sofortigen Beschwerde läuft** also **nicht, wenn die Zustellung des beschwerenden Beschlusses in Fällen des § 294 Abs. 3 C. P. O. durch die Partei und nicht von Amts wegen stattgefunden hat.** Die seitens einer Partei erfolgte Zustellung des Beschlusses an die Gegenpartei ist keine Zustellung im Sinne § 294 Abs. 3. Sie kann nach den bei Nothfristen in Betracht kommenden Grundsätzen die amtliche Zustellung ebensowenig ersetzen, als bezüglich der Urtheile an Stelle der Zustellung auf Betreiben der Parteien diejenige von Amts wegen gesetzt werden dürfte. (R. G. 11. I. 81.) R. C. III. (104.) 375. 376.

5. **Durch Einreichung einer Beschwerdeschrift bei einem unzuständigen Gerichte wird die Nothfrist für das einschlägige Rechtsmittel nicht gewahrt.** (B. O. L. 18. VI. 81.) S. IX. (64.) 215.

6. **Auch die sofortige Beschwerde kann vor der Zustellung der angefochtenen Entscheidung eingewendet werden.** Die R. C. P. O. bestimmt zwar (§ 540 Abs. 2), daß die sofortige Beschwerde binnen einer Nothfrist von zwei Wochen, welche mit der Zustellung, in den Fällen der §§ 301 und 829 Abs. 3 mit der Verkündung der Entscheidung beginnt, einzulegen sei. Dagegen fehlt es an einer Vorschrift, welche die vor der Zustellung der Entscheidung geschehene Einlegung für wirkungslos erklärt. Nur hinsichtlich der Berufung und der Revision besteht eine solche Vorschrift (§ 477 Abs. 2, § 514 Abs. 2). Dieselbe auf die sofortige Beschwerde entsprechend anzuwenden, erscheint unstatthaft. Die in den Schlußsätzen der §§ 477 und 514 enthaltene Regel folgt nicht nothwendig aus der Natur der Sache. Wäre die Regel nicht gegeben, so würde auch die wirksame Einlegung der Berufung und der Revision noch unerwartet der

Digitized by Google

Urtheilszustellung möglich sein. Allerdings könnte dann die Rechtsmittelfrist für beide Parteien verschieden laufen, mithin das Berufungs- und Revisionsgericht unter Umständen zu wiederholter Verhandlung über das nämliche Urtheil des Untergerichts genöthigt werden. Den hieraus nach Befinden hervorgehenden Uebelständen will die Schlußvorschrift der §§ 477 und 514 im Zusammenhange mit der Bestimmung des § 198 Abs. 2 vorbeugen (Motive S. 302 und 314); diese Vorschriften sollen die Einheitlichkeit der Prozeßverhandlung in den oberen Instanzen sichern. Das Gesetz erreicht seinen Zweck im Wege einer Formvorschrift, deren Ausdehnung auf Rechtsmittel und Rechtsbehelfe anderer Art schon die Erwägung gegen sich hat, daß Prozeßformen nicht ohne zwingenden Grund vermehrt werden dürfen, zumal wenn es Formen sind, deren Beobachtung den Parteien Zeitaufwand und Kosten verursacht. Jedenfalls aber ist eine auf bestimmte Fälle beschränkte Formvorschrift durch bloße Gesetzesauslegung auf andere, wenn auch verwandte Fälle da nicht zu beziehen, wo sich Rücksichten denken lassen, welche den Gesetzgeber bewogen haben konnten, die andern Fälle an die gleiche Form nicht zu binden. Derartige Gründe liegen bei dem Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde sogar sehr nahe. Mit der sofortigen Beschwerde verhält es sich wesentlich anders, wie mit den übrigen Rechtsmitteln. Den Gegenstand der Beschwerde bildet nicht die hauptsächliche Entscheidung des Rechtsstreites, sondern nur die Entscheidung nebensächlicher Streitpunkte der in den Motiven zu §§ 506—516 des Entwurfes S. 328 gekennzeichneten Beschaffenheit; und wegen solcher Streitpunkte den Instanzenzug zu betreten, ist gewöhnlich nur Eine Partei veranlaßt. In den Fällen aber, wo beide Parteien von der sofortigen Beschwerde Gebrauch machen, handelt es sich zumeist um Fragen, welche getrennt entschieden werden können. Endlich ist von Belang, daß die Entscheidung über die Beschwerde eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht unbedingt erfordert, erfahrungsmäßig auch mit wenig Ausnahmen ohne mündliche Verhandlung erfolgt. Die Fälle, für welche etwa eine einheitliche Verhandlung der Beschwerde vor dem Beschwerdegerichte angemessen wäre, stehen höchst vereinzelt da. Daher durfte der Gesetzgeber recht füglich davon Umgang nehmen, eine die Erledigung des Regelfalles zwecklos beengende Formvorschrift zu ertheilen. Der Unterstellung, daß die Erstreckung der Schlußbestimmung der §§ 477 und 514 auf die sofortige Beschwerde übersehen worden sei, gebricht es an jedem Anhalte. Im Uebrigen schlagen betreffs der vorliegenden Auslegungsfrage fast alle die Erwägungen ein, welche das R. G. bereits mehrfach (zu vgl. Annalen Bd. VII S. 481, Entsch. Bd. 3 S. 408, Bd. 9 S. 421 ff.) für die Ansicht geltend gemacht hat, daß auch die Einlegung des Einspruchs vor der Zustellung des Versäumnißurtheils stattfinden kann. (R. G. 21. XII. 83.) A. IX. (52.) 267. 268.

7. Die Frage, **ob die Beschwerdeschrift von einem bei dem beschwerenden Gericht oder von einem beim Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsanwalt zu unterzeichnen ist,** ist entschieden in einem Erkenntnisse der vereinigten Civilsenate vom 29. April 1880. S. dasselbe bei § 532 ad R. C. I. (156.) 431—435. A. II. (7.) 81—84.

8. **Die sofortige Beschwerde ist von dem Rechtsanwalt des Prozeßgerichtes einzureichen.** (R. G. 27. VII. 80.) S. hierüber bei § 74 ad A. II. (115.) 504. 505.

Digitized by Google

9. Zulässigkeit des Gegenbeweises gegen den durch den Präsentationsvermerk festgestellten Eingang. Einlegung der Schrift in den im Geschäftslokal ausgehängten Briefkasten kann nur dann die Frist wahren, wenn erstere bei vorschriftsmäßiger Leerung des Kastens rechtzeitig präsentirt wird. Beschl. des R. G. v. 20/3. 80.

10. **Abs. 4. Die im § 540 Abs. 4 bezeichnete Nothfrist wird durch eventuelle Einlegung der Beschwerde vor der Entscheidung des Prozeßgerichtes gewahrt.** Es handelt sich hier um den Fall des § 539 Abs. 2, wo mit dem Gesuche um Entscheidung des Prozeßgerichtes eine eventuelle Beschwerde im Voraus verbunden wird. (R. G. 7. VII. 83.) R. C. IX. (112.) 386.

Viertes Buch.

Wiederaufnahme des Verfahrens.

(§§ 541—554).

§ 541. **§ 541.**

Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Endurtheil geschlossenen Verfahrens kann durch Nichtigkeitsklage und durch Restitutionsklage erfolgen.

Werden beide Klagen von derselben Partei oder von verschiedenen Parteien erhoben, so ist die Verhandlung und Entscheidung über die Restitutionsklage bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeitsklage auszusetzen.

Querela insanibilis nullitatis und in integrum restitutio §§ 645, 272—274. St. P. O. §§ 399—402.

1. **Charakter der Restitutionsklage.** Die Wiederaufnahme des Verfahrens ist in Form der Restitution zwar nicht ein Rechtsmittel, durch welches eine noch nicht rechtskräftige richterliche Entscheidung zur Nachprüfung — nach Sache und Recht — vor einen höheren Richter gebracht wird, sondern stellt auf der Grundlage eines besonderen Thatbestandes eine neue Klage vor dem zuständigen Richter dar. (§§ 541 ff., 472 der R. C. P. O.) Die Restitutionsklage ist aber — nach Form und Zweck — [in gewisser Beziehung einem Rechtsmittel ähnlich, einmal weil der Richter — wie bei dem Rechtsmittel — die formale Zulässigkeit der Klage prüft (§§ 552, 497 a. a. O.), und dann, weil — in den zulässigen Fällen — die zuständige höhere Instanz in dem Restitutionsverfahren auch gleichzeitig über die von den Anfechtungsgründen betroffene Hauptsache entscheidet (§§ 546, 547, 553, 554 a. a. O.). **Da aber auf die Erhebung der Restitutionsklage und auf das weitere Verfahren die allgemeinen Vorschriften der Civilprozeßordnung entsprechende Anwendung finden, sofern nicht aus den Bestimmungen derselben sich eine Abweichung ergibt (§ 548 a. a. O.), so findet auch die Vorschrift des § 662, wonach die vollstreckbare Ausfertigung von dem Gerichtsschreiber des Gerichtes erster Instanz und, wenn der Rechtsstreit bei einem höheren Gerichte anhängig ist, von dem dieses Gerichtes ertheilt wird, entsprechende Anwendung.** (R. G. 2. X. 82.) A. VI. (108.) 488. 489.

2. Nach der C. P. O. ist die Berufungsinstanz ein novum judicium innerhalb der durch die Anträge bestimmten Grenzen (§ 487), umfaßt in dieser Beschränkung der Regel nach den gesammten Prozeßstoff in

Digitized by Google

thatsächlicher wie rechtlicher Beziehung und stellt sich dieser Bedeutung zufolge, wenn in der Sache selbst bestätigend oder abändernd erkannt wird, als das an die Stelle der untergerichtlichen Entscheidung tretende Urtheil in dem obschwebenden Prozeß dar. Dies umsomehr, als die Parteien in dem Vorbringen neuer Thatsachen und Beweismittel nicht beschränkt sind und compensando sogar unter gewissen Voraussetzungen neue Ansprüche (§ 491) erhoben werden dürfen. **Hat sich daher der Rechtsstreit in zwei Instanzen bewegt, so kann der Regel nach auch nur das Urtheil des Berufungsgerichts dasjenige sein, gegen welches der Antrag wegen Wiederaufnahme des Verfahrens zu richten ist, und können sich nur da Ausnahmen, welche auf das in erster Instanz ergangene Urtheil hinführen, ergeben, wo dem Urtheil des Berufungsgerichts ausnahmsweise jene vorerörterte Bedeutung nicht innewohnt, mithin dann, wenn aus prozessualen Gründen die Berufung nach § 497 der C. P. O. als unzulässig verworfen ist oder ohne Entscheidung in der Sache selbst auf Grund der §§ 500, 501 eine neue Verhandlung und ein neues Urtheil der ersten Instanz veranlaßt ist.** Die Motive zur C. P. O. haben sich ganz klar zu Gunsten der vorstehend entwickelten Auffassung ausgesprochen. Ebenso klar stimmen mit dieser Auslegung des Gesetzes in ausführlicher Darlegung die Kommentare von Gaupp, Seuffert, Petersen und Reincke überein. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 6. April 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (251.) 379.

1. Zulässigkeit.

a) Nichtigkeitsklage.

§ 542.

§ 542.

Die Nichtigkeitsklage findet statt:

1. wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war;

   § 513 Nr. 1.

2. wenn ein Richter bei der Entscheidung mitgewirkt hat, welcher von der Ausübung des Richteramts kraft des Gesetzes ausgeschlossen war, sofern nicht dieses Hinderniß mittels eines Ablehnungsgesuches oder eines Rechtsmittels ohne Erfolg geltend gemacht ist;

   § 513 Nr. 2.

3. wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, obgleich derselbe wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt und das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt war;

   § 513 Nr. 3.

4. wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.

§ 513 Nr. 5, § 549 Abs. 3.

In den Fällen Nr. 1, 3 findet die Klage nicht statt, wenn die Nichtigkeit mittels eines Rechtsmittels geltend gemacht werden konnte.

Nr. 4. Die Nichtigkeitsklage aus § 542 Nr. 4 findet nicht statt, wenn gegen die im Vorprozesse nicht legal geladene Beklagte ein Versäumnißurtheil ergangen, und dieses Urtheil auch nicht legal zugestellt ist. Ein Mangel der Zustellung der Ladung darf nicht mit einem Mangel der Vertretung identifizirt werden, und fällt daher nicht unter die Vorschrift des § 542 Nr. 4. Ein Mangel der Zustellung der Ladung kann nur mittelst Einspruches gegen das Versäumnißurtheil geltend gemacht

Digitized by Google

werden. Der § 211 Abs. 2 sieht den Fall besonders vor, wenn die verurtheilte Partei von der Zustellung des Versäumnißurtheiles ohne ihr Verschulden keine Kenntniß erhalten hat; in diesem Falle soll ihr die Wiedereinsetzung ertheilt werden. Uebrigens ist die Nichtigkeitsklage nur gegen rechtskräftige Urtheile gegeben. Wenn die Zustellung nicht legal erfolgt ist, dann ist auch das Versäumnißurtheil noch nicht gesetzlich zugestellt, also nicht rechtskräftig, und es findet auch aus diesem Grunde die Nichtigkeitsklage nicht statt. (R. G. 10. VI. 82.) R. C. VII. (110.) 361. 362.

b) Restitutionsklage.

§ 543. **§ 543.**

Die Restitutionsklage findet statt:

1. wenn der Gegner durch Leistung eines Parteieides, auf welche das Urtheil gegründet ist, sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat;
   §§ 266, 391, 410 ff., 437 ff. — § 446. St. G. B. § 163.
2. wenn eine Urkunde, auf welche das Urtheil gegründet ist, fälschlich angefertigt oder verfälscht war;
   St. G. B. §§ 267—279, 363.
3. wenn durch Beeidigung eines Zeugnisses oder eines Gutachtens, auf welche das Urtheil gegründet ist, der Zeuge oder der Sachverständige sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat;
   St. G. B. §§ 154 ff., 348.
4. wenn das Urtheil von dem Vertreter der Partei oder von dem Gegner oder dessen Vertreter durch eine in Beziehung auf den Rechtsstreit verübte Handlung erwirkt ist, welche mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist;
   R. G. B. §§ 263, 334 Abs. 2.
5. wenn ein Richter bei dem Urtheile mitgewirkt hat, welcher sich in Beziehung auf den Rechtsstreit einer Verletzung seiner Amtspflichten gegen die Partei schuldig gemacht hat, sofern diese Verletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist;
   St. G. B. §§ 334, 336, 339, 348.
6. wenn ein strafgerichtliches Urtheil, auf welches das Urtheil gegründet ist, durch ein anderes rechtskräftig gewordenes Urtheil aufgehoben ist;
   § 259. Einf. G. z. C. P. O. § 14 Nr. 1.
7. wenn die Partei
   a) ein in der Sache erlassenes, früher rechtskräftig gewordenes Urtheil, oder
   b) eine andere Urkunde auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird, welche eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde.

   Diese Bestimmung kommt in dem unter b. bezeichneten Falle nicht zur Anwendung, wenn das angefochtene Urtheil darauf beruht, daß auf Grund einer Eidesleistung des Gegners die betreffende Thatsache oder deren Gegentheil für bewiesen erachtet ist.
   § 867 Nr. 6. restutio propter noviter reperta ad 7 b.

1. In den §§ 542 und 543 sind die Gründe, aus welchen die Gesetzgebungsfaktoren eine Abweichung von dem Prinzipe der Unanfechtbarkeit rechtskräftiger Urtheile für billig erachten, vollständig aufgeführt (vgl. Seuffert's Kommentar zu § 543 Anm. 9), und ergibt sich hieraus von selbst, daß **dem richterlichen Ermessen keineswegs überlassen** ist, **noch andere Gründe**, wenn auch die Billigkeit noch so sehr dafür zu sprechen

Digitized by Google

scheint, **auf Klage einer Partei, geschweige von Amts wegen zu berücksichtigen.** (B. O. L. 10. VI. 85.) S. XI. (62.) 164.

2. Die §§ 543—547 enthalten eine Neuordnung des Restitutionsmittels bezüglich aller Klagerfordernisse, der § 549 beschränkt dasselbe durch eine Präklusivfrist, nach deren Ablauf die Klage unstatthaft ist. (R. G. 2. VI. 83.) R. C. IX. (105.) 360.

3. **Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen rechtskräftige Urtheile wegen Thatsachen, welche erst nach dem Urtheile sich ergeben,** wie sie nach der bayerischen Gerichtsordnung von 1753 Kap. XVI § 1 zulässig war, kennt die Reichs-Civilprozeßordnung nicht. In den Motiven zu Nr. 7 des § 543 ist ausdrücklich hervorgehoben, daß das Entdecken neuer Thatsachen nicht geeignet sei, eine Wiederaufnahme des einmal zum Abschluß gekommenen Rechtsstreites zu begründen. (B. O. L. 10. VI. 85.) S. XI. (62.) 164.

4. **Ziff. 1. Voraussetzungen der Zulassung einer Restitutionsklage nach § 543 Nr. 1** f. (R. G. 21. XI. 83.) R. C. XIV. (89.) 324 ff.

5. Wie sich aus der Fassung des § 543 Ziff. 1 der R. C. P. O.: „Die Restitutionsklage findet statt, wenn der Gegner durch Leistung eines Parteieides, auf welche das Urtheil gegründet ist, sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat", ergibt, wird **ein Kausalzusammenhang zwischen dem ergangenen Urtheile und der Verletzung der Eidespflicht vorausgesetzt.** (R. G. 16. X. 83.) R. C. X. (119.) 384.

6. **Im Falle der Wiederaufnahme des Verfahrens wegen Verletzung der Eidespflicht durch Leistung eines dem Gegner in einem rechtskräftigen bedingten Urtheile auferlegten Eides (§ 543 Ziff. 1 C. P. O.) ist nur das nach Leistung des Eides ergangene Endurtheil, nicht auch das den Eid auferlegende Urtheil aufzuheben.** (R. G. 16. X. 83.) S. hierüber bei § 553 Abs. 1 ad R. C. X. (119.) 384.

7. **Restitutionsklage wegen Leistung eines falschen Parteieides ist dadurch, daß der Gegner den das Urtheil begründenden prozeßrechtlichen Folgen des Schwurs sich einfach gefügt und einen weiteren Verhandlungsantrag unterlassen hat, nicht ausgeschlossen.** Im Zeitpunkte zwischen der Eidesleistung und der Erlassung des für den Schwörenden obsieglichen Endurtheils war es dem Gegner des Schwörenden unmöglich, die nothwendige Folge der Eidesleistung, wie sie bereits im bedingten Theilurtheile festgestellt war, von sich abzuwenden oder seine sofortige Verurtheilung auch nur aufzuhalten, da er den Meineid nicht im nämlichen Augenblicke darzuthun vermochte oder die Behauptung eines soeben von seinem Gegner begangenen Verbrechens zum Gegenstande einer Fortsetzung der Verhandlung hätte machen können. Damals wenigstens, insoweit das durch Eid bedingte Theilurtheil in Mitte gelegen und nachdem der betreffende Eid geschworen war, gab es nichts weiter zu verhandeln, um dem Gegner noch die Abwendung eines ihm ungünstigen Endurtheils zu ermöglichen. (R. C. P. O. § 427 verglichen mit Wilmowsky u. Levy, Kommentar hiezu Note 2.) Der Schutz, welchen die etwaige Rechtskraft des Enderkenntnisses dem Meineidigen gewähren würde, müßte zweifellos das allgemeine Rechtsgefühl verletzen und würde gegen das Sittengesetz verstoßen, so daß auch aus diesem Gesichtspunkte hier die Bestimmung des

Digitized by Google

§ 543 Ziff. 1 der R. C. P. O. sinngemäße Anwendung finden muß, wenn weiter erwogen wird, daß die Restitutionsklage im Allgemeinen ein auf Gründen der Billigkeit beruhendes Rechtsinstitut ist, welches laut der Motive zu Ziff. 1 des § 543 a. a. O. insbesondere zur Beseitigung der ohne Schuld einer Partei entstandenen Nachtheile und zur Wiederaufhebung des sachlichen Erfolges von falsch geschworenen Parteieiden gerade aus Rücksicht für das hierdurch verletzte Sittengesetz und Rechtsgefühl geschaffen worden ist. (Hahn, Materialien Bd. II. 1 S. 380, 382.) — (B. O. L. 10. XI. 82.) S. IX. (251.) 742—746.

8. **Der anzufechtende Eid muß der erhebliche sein, auf welchen das Urtheil gegründet ist,** und ist ein solcher Eid als ein Ganzes anzusehen und nicht zwischen den einzelnen Sätzen des Eides zu unterscheiden. (R. G. 21. XI. 83.) R. C. XIV. (89.) 324. 345.

9. **Ziff. 7 lit. b. Die Restitutionsklage wegen neu aufgefundener Urkunden ist aus § 543 Nr. 7 b nicht nur zulässig, wenn die neuaufgefundenen Urkunden direkt dem Produzenten Recht geben, und wenn dieselben allein, ohne Rücksicht auf das sonstige Ergebniß des früheren Verfahrens, geeignet sind, eine andere Entscheidung herbeizuführen.** In § 543 Nr. 7 lit. b ist nur gefordert, daß die Urkunde, wenn sie in dem früheren Verfahren hätte benutzt werden können, eine dem Produzenten günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde. Dies kann z. B. sehr wohl bei einem zwischen Dritten geschlossenen Vertrage der Fall sein, wenn eben ein solches Vertragsverhältniß zwischen Dritten für den Rechtsstreit unter den Parteien erheblich ist. (R. G. 7. VI. 82.) R C. VII. (96.) 320. 321. A. VI. (28.) 140. 141. (S. hierüber auch (R. G. 12. XII. 83.) R. C. XIV. (90.) 331.)

10. **Eine Verbindung der neu aufgefundenen Urkunde mit anderen Beweismitteln zum Zwecke der Begründung der Restitutionsklage nach § 543 Nr. 7 lit. b C. P. O. ist nicht zulässig.** Allerdings können zum Beweise der Thatsachen, welche die Restitutionsklage begründen, zu welchen im Falle des § 543 Nr. 7 lit. b C. P. O. die Erheblichkeit der neu entdeckten Urkunde gehört, alle Arten von Beweismitteln, wenn auch nach § 544 Abs. 2 C. P. O. mit Ausnahme der Eideszuschiebung, benutzt werden; aber man kann eben nicht sagen, daß eine Urkunde im Sinne des § 543 Nr. 7 lit. b erheblich sei, daß sie eine dem Restitutionskläger günstigere Entscheidung bewirkt haben würde, wenn sie dies nur in Verbindung mit anderen Beweismitteln gethan haben würde, die vor dem angefochtenen Urtheile ebenfalls noch nicht beigebracht worden waren. (Durch diese Entscheidung hat nicht ausgeschlossen werden sollen, daß die Echtheit der Urkunde nach §§ 405 ff. C. P. O. mit anderen Beweismitteln dargethan werden könne.) Hiergegen läßt sich nicht einwenden, daß es sich ja um solche andere Beweismittel handeln könne, welche der Restitutionskläger ohne die Urkunde zu benutzen keine Veranlassung hatte, weil sie für sich allein unerheblich gewesen sein würden, die er aber, wenn die Urkunde schon aufgefunden gewesen wäre, ohne Zweifel gleichfalls früher benutzt haben würde; denn abgesehen davon, daß diese Betrachtung höchstens auf solche Beweismittel passen würde, von denen man wüßte, daß sie für ihn nicht etwa gleichfalls neu aufgefunden seien, würde sie doch auch den Sinn der Gesetzesworte: „welche eine ihr günstigere Ent-

Digitized by Google

scheidung herbeigeführt haben würde", in einer unstatthaften Weise auszudehnen. Innere Gründe aber sprechen keineswegs für eine freiere Behandlung dieses Restitutionsgrundes; denn da das Gesetz nun doch einmal nicht alle Arten von Beweismitteln in Ansehung desselben gleichgestellt, sondern die Urkunden, in gewissem Sinne willkürlich, bevorzugt hat, so wäre nicht abzusehen, warum gerade von einer Verbindung von Urkunden und Zeugen gelten sollte, was von Zeugen allein unzweifelhaft doch niemals gelten könnte. (R. G. 12. XII. 83.) R. C. XIV. (90.) 330. 331. A. IX. (53.) 269. 270.

11. Nach § 543 Nr. 7 b und § 545 C. P. O. findet die Restitutionsklage statt, wenn eine Partei eine Urkunde auffindet, welche eine ihr ungünstige Entscheidung herbeigeführt haben würde, insofern sie ohne ihr Verschulden diesen Restitutionsgrund nicht schon in dem früheren Verfahren geltend machen konnte. **Selbstverständlich genügt es, wenn die aufgefundene Urkunde auch nur in Verbindung mit dem früher Vorgebrachten erheblich ist.** (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 7 S. 321.) Auch unterliegt, wenn sie eine von dem Gegner nicht anerkannte Privaturkunde ist, der Beweis ihrer Echtheit (vgl. §§ 404 ff. C. P. O.) keiner Beschränkung, weil derselbe nur dazu dient, ihr die Eigenschaft eines formell gültigen Beweismittels erst zu verschaffen, mithin durch ihre Zulassung als neues Beweismittel von selbst gestattet ist. Ferner schließt der § 544 Abs. 2 C. P. O. in Ansehung der die Restitutionsklage begründenden Thatsachen nur die Eideszuschiebung, nicht aber den Grund anderer Beweismittel aus. (R. G. 5. VII. 86.) R. C. XVI. (107.) 437. 438.

12. **Restitutionsklage auf Grund einer neu aufgefundenen Urkunde; Beweis der Ausstellungszeit der Urkunde durch Zeugen.** Die Angabe der Ausstellungszeit erscheint ebenso wie die Unterschrift des Ausstellers als ein natürlicher Bestandtheil der Urkunde selbst. Bei einer Privaturkunde wird die darin angegebene Zeit ihrer Ausstellung durch den Beweis der Unterschrift nicht festgestellt, weil sich aus der letzteren nach § 381 der C. P. O. nur ergibt, daß die in der Urkunde enthaltene Erklärung abgegeben ist. Wenn daher trotzdem der § 543 Nr. 7 neu aufgefundene Urkunden ohne Einschränkung im Restitutionsverfahren zuläßt, so liegt es auch im Sinn des Gesetzes, daß der Beweis der Ausstellungszeit von Privaturkunden hier auf jede sonst zulässige Weise geführt werden kann, weil anderenfalls die Benutzung solcher Urkunden in diesem Verfahren wesentlich beschränkt sein würde. Auch kann ein entgegengesetzter Ausspruch in dem Urtheil des Reichsgerichts (Entsch. Bd. 14 S. 329 ff., in Seuffert, Archiv Bd. 39 Nr. 165) nicht gefunden werden, denn dieses erklärt es nur für unzulässig, daß im Restitutionsverfahren neben der aufgefundenen Urkunde der Beweis besonderer außerhalb der letzteren liegenden Thatsachen durch andere Beweismittel geführt wird, während die Angabe der Ausstellungszeit eben ein Bestandtheil der Urkunde selbst ist. Urtheil des Reichsgerichts vom 5. Juli 1886. Wengler's Archiv N. F. Jahrg. 7 S. 622. S. A. Bd. 12 bezw. 42 Nr. 76 S. 108. 109.

13. **Der besondere Beweis der Ausstellungszeit einer Privaturkunde, auf welche die Restitutionsklage gestützt wird, darf in gleicher Weise wie der Echtheitsbeweis auch durch Zeugen und andere Beweismittel geführt**

Digitized by Google

werden, obgleich die Civilprozeßordnung beides nicht ausdrücklich bestimmt. (R. G. 5. VII. 86.) R. C. XVI. (107.) 438. 439. Sh. hierüber bei Nr. 12.

14. Die Berufungsinstanz umfaßt der Regel nach den Rechtsstreit in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung, während die dritte Instanz die thatsächliche Grundlage des Rechtsstreites unberührt läßt. **Wenn** also **in dem früheren Verfahren die Berufung gegen das erste Urtheil und die Revision gegen das Berufungsurtheil zurückgewiesen worden sind, so ist das Berufungsurtheil dasjenige Urtheil, gegen welches die Restitutionsklage aus § 543 Nr. 7 b zu richten ist.** Denn das Berufungsgericht entscheidet unter Berücksichtigung neuer Thatsachen und Beweismittel über alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte in thatsächlicher wie in rechtlicher Beziehung und erkennt unter Umständen selbst über neue Ansprüche. Das in die Form der Zurückweisung der Berufung gekleidete Urtheil ist der Sache nach eine Bestätigung des ersten Urtheiles auf Grund erneuerter, den ganzen Rechtsstreit umfassender Verhandlung. Es ist daher ein zweites Urtheil in der Sache selbst, und es wird rechtskräftig, wenn das mit der thatsächlichen Sachlage des Rechtsstreites nicht befaßte und nur auf Grund der in dem Berufungsurtheile festgestellten Thatsachen erkennende Revisionsgericht die Revision als unbegründet zurückweist. (R. G. 22. XII. 85.) R. C. XV. (106.) 389.

§ 544. **§ 544.**

In den Fällen des vorhergehenden Paragraphen Nr. 1—5 findet die Restitutionsklage nur statt, wenn wegen der strafbaren Handlung eine rechtskräftige Verurtheilung ergangen ist, oder wenn die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweis nicht erfolgen kann.

St. G. B. §§ 4, 61, 67.

Der Beweis der Thatsachen, welche die Restitutionsklage begründen, kann durch Eideszuschiebung nicht geführt werden.

1. **Abs. 1. Eine thatsächliche Voraussetzung der Restitutionsklage ist die rechtskräftige Verurtheilung wegen der strafbaren Handlung, durch welche das Urtheil erwirkt worden ist.** Hievon kann nicht etwa deßhalb abgesehen werden, weil die Restitutionsklage bloß angekündigt ist oder weil sie vor Beginn der Nothfrist erhoben werden kann. Eine Klagankündigung — ähnlich wie in der preußischen Allgem. Gerichtsordnung — kennt die Civilprozeßordnung nicht, und es handelt sich hier nicht um die Einlegung eines Rechtsmittels vor Beginn der Frist, sondern um die Erhebung einer Klage vor dem Dasein der vom Gesetze für ihre Begründung geforderten Voraussetzung. (R. G. 6. II. 83.) R. C. VIII. (117.) 395.

2. **Die Thatsache, daß der Gegner durch Leistung eines Parteieides, auf welche das Urtheil gegründet ist, einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht sich schuldig gemacht hat, und daß wegen dieser strafbaren Handlung eine rechtskräftige Verurtheilung ergangen ist (§§ 543 Abs. 1. 544 C. P. O.), ist nur für die Frage der prozessualen Zulässigkeit der Restitutionsklage, nicht auch für die nach Aufhebung des angefochtenen Urtheiles in der Hauptsache zu erlassende Entscheidung maßgebend.** Der Civilrichter ist nicht durch die Entscheidung des Strafrichters gebunden, und es ist nach Aufhebung des Urtheiles, welches auf der Leistung des Eides beruht, in der Hauptsache über die Leistung des Eides zu verhandeln. (R. G. 16. X. 83.) R. C. X. (119.) 385.

Digitized by Google

3. Abs. 2. **Unbrauchbarkeit der Eideszuschiebung zur Begründung der Restitutionsklage.** Diese Bestimmung des § 544 Abs. 2 ist nicht auf die Fälle des § 543 Nr. 1—5 einzuschränken, von welchen im ersten Absatze des § 544 ausschließlich die Rede ist; sie geht nach ihrem klaren Wortlaute auf alle Fälle der Restitutionsklage. (R. G. 12. XII. 83.) R. C. XIV. (90.) 332.

4. In § 544 Abs. 2 C. P. O. ist als Beweismittel für die zur Begründung einer Restitutionsklage geeigneten Thatsachen nur **die Eideszuschiebung, nicht auch der richterliche Eid ausgeschlossen.** (R. G. 21. XI. 83.) R. C. XIV. (89.) 328.

§ 545. § 545.

Die Restitutionsklage ist nur zulässig, wenn die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande war, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren, insbesondere durch Einspruch oder Berufung oder mittels Anschließung an eine Berufung geltend zu machen.

§ 546. § 546.

Mit den Klagen können Anfechtungsgründe, durch welche eine dem angefochtenen Urtheile vorausgegangene Entscheidung derselben oder einer unteren Instanz betroffen wird, geltend gemacht werden, sofern das angefochtene Urtheil auf dieser Entscheidung beruht.

§ 547. § 547.

Für die Klagen ist ausschließlich zuständig: das Gericht, welches in erster Instanz erkannt hat; wenn das angefochtene Urtheil oder auch nur eines von mehreren angefochtenen Urtheilen von dem Berufungsgericht erlassen wurde, oder wenn ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urtheil auf Grund des § 543 Nr. 1—3, 6, 7 angefochten wird, das Berufungsgericht; wenn ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urtheil auf Grund der §§ 542, 543 Nr. 4, 5 angefochten wird, das Revisionsgericht.

§ 553 Abs. 3.

Sind die Klagen gegen einen Vollstreckungsbefehl gerichtet, so gehören sie ausschließlich vor das Amtsgericht, welches den Befehl erlassen hat; wenn der Anspruch nicht zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehört, vor das für den Rechtsstreit über den Anspruch zuständige Gericht.

§§ 636, 637.

Für die Restitutionsklage gegen ein Berufungsurtheil ist, wenn das Reichsgericht die eingelegte Revision zurückgewiesen hat, das Berufungsgericht zuständig, da dessen Urtheil als das rechtskräftige erscheint. (Vgl. Motive zu § 523 des Entwurfes S. 531.) — (R. G. 6. II. 83.) R. C. VIII. (117.) 395.

2. Verfahren.

§ 548. § 548.

Auf die Erhebung der Klagen und das weitere Verfahren finden die allgemeinen Vorschriften entsprechende Anwendung, sofern nicht aus den Bestimmungen dieses Gesetzes sich eine Abweichung ergiebt.

§ 552 Abs. 2.

In der mündlichen Verhandlung über die Restitutionsklage können auch andere als die in der Klageschrift erwähnten Restitutionsgründe geltend gemacht werden. Aus einer Vergleichung von § 551 Abs. 1 Nr. 1 mit § 550 C. P. O. ergibt sich, daß, trotz der allgemeinen Bestimmung in § 548, die §§ 230 Abs. 2 Nr. 2 und 235 Abs. 2 Nr. 3 auf die Restitutionsklage keine entsprechende Anwendung finden sollen. (R. G. 12. XII. 83.) R. C. XIV. (90.) 332.

§ 549. § 549.

Die Klagen sind vor Ablauf der Nothfrist eines Monats zu erheben.

§ 201. — §§ 477, 514.

Digitized by Google

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Partei von dem Anfechtungsgrunde Kenntniß erhalten hat, jedoch nicht vor eingetretener Rechtskraft des Urtheils. Nach Ablauf von fünf Jahren, von dem Tage der Rechtskraft des Urtheils an gerechnet, sind die Klagen unstatthaft.

§§ 645, 478. — § 549 Abs. 2.

Die Vorschriften des vorstehenden Absatzes finden auf die Nichtigkeitsklage wegen mangelnder Vertretung keine Anwendung; die Frist für Erhebung der Klage läuft von dem Tage, an welchem die Partei und bei mangelnder Prozeßfähigkeit dem gesetzlichen Vertreter derselben das Urtheil zugestellt ist.

§§ 542 Nr. 4; — 477, 514 mit §§ 288, 198 Abs. 2.

1. **Abs. 1.** Die im § 549 Abs. 1 C. P. O. für die Wiederaufnahme des Verfahrens vorgeschriebene „**Nothfrist**" ist im Falle des Abs. 3 nicht eine absolut begrenzte, sondern nur eine Präklusivfrist. (R. G. 17. I. 83.) R. C. IX. (121.) 421. A. VII. (150.) 481.

2. **Abs. 2. Beginn des Laufes der im § 549 C. P. O. festgesetzten fünfjährigen Frist.** Das Gesetz sagt im zweiten Satze des zweiten Absatzes des § 549 C. P. O. apodiktisch: „Nach Ablauf von fünf Jahren von dem Tage der Rechtskraft des Urtheiles an gerechnet, sind die Klagen unstatthaft." Diese apodiktische Norm schließt sich unmittelbar an den ersten Satz jenes zweiten Absatzes, welche (in gleichem Anschlusse an den dahin gefaßten ersten Absatz des § 549 a. a. O.: „Die Klagen sind vor Ablauf der Nothfrist eines Monats zu erheben") bestimmt: „Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Partei von dem Anfechtungsgrunde Kenntniß erhalten hat, jedoch nicht vor eingetretener Rechtskraft des Urtheiles." **Aus der Fassung und dem Zusammenhange dieser Bestimmungen geht klar hervor: a) daß der erste Satz des zweiten Absatzes im § 549 C. P. O. sich nur auf die im ersten Absatze dieses Paragraphen geregelte Nothfrist von einem Monate bezieht, b) daß nach dem zweiten Satze des zweiten Absatzes jenes § 549 der Beginn des Laufes der Präklusivfrist von fünf Jahren** (welche in Erwägung des in dem § 201 Abs. 3 C. P. O. für die Nothfristen bestimmten Kennzeichens keine Nothfrist ist) **ohne irgend welche weitere Voraussetzung als die Rechtskraft des anzugreifenden Urtheiles von dem Tage dieser Rechtskraft zu rechnen ist, und namentlich nicht bedingt wird durch die Kenntniß der Partei von dem Anfechtungsgrunde.** Das Gesetz will nach dem Ablaufe eines fünfjährigen Zeitraumes vom Tage der Rechtskraft des Urtheiles überhaupt keine Nichtigkeitsklage oder Restitutionsklage gegen das Urtheil gestatten. Bei diesem Inhalte des Gesetzes würde es durchaus gleichgültig sein, wenn in der Begründung des Gesetzentwurfes eine entgegengesetzte Auffassung des Sinnes des zweiten Satzes im zweiten Absatze des § 525 des Entwurfes zur Civilprozeßordnung ausgesprochen wäre. Solches ist übrigens auch keineswegs der Fall. Die betreffende Stelle der Begründung zum § 525 C. P. O. [welche lautet: „Die Wiederaufnahme kann zunächst vor Kenntniß der Anfechtungsgründe nicht erfolgen. Vor dem Zeitpunkte der erlangten Kenntnisse kann daher die Nothfrist (!) ihren Lauf nicht beginnen. In dieser Beziehung können diejenigen strafbaren Handlungen, welche in der Regel nur nach erfolgter Verurtheilung des Thäters einen Restitutionsgrund abgeben, Schwierigkeiten machen, wenn diese Verurtheilung ausnahmsweise nicht erforderlich ist (§ 520, jetzt § 544 C. P. O.). Die Unmöglichkeit der Verurtheilung durch Beschluß des Strafrichters

Digitized by Google

feststellen zu lassen und erst von der Mittheilung dieses Beschlusses den Lauf der Frist zu gestatten (hannover'scher Entwurf S. 632, württembergische Prozeßordnung Art. 758, österreichischer Entwurf § 726), ist nicht angemessen, da die Unmöglichkeit, z. B. wegen Todes des Thäters, schon lange vorher unzweifelhaft feststehen und der Partei bekannt sein kann. In allen diesen Fällen muß die Kenntniß der Partei von der strafbaren Handlung, von der Möglichkeit des Beweises derselben und von der Unmöglichkeit des Strafverfahrens den Anfang des Fristenlaufes bestimmen."] bezieht sich nicht auf den zweiten, sondern auf den ersten Satz des zweiten Absatzes in § 525 des Entwurfes der Civilprozeßordnung, während es in Bezug auf den zweiten Satz des zweiten Absatzes jenes § 525 in dem fünften Absatze der Begründung jenes Paragraphen heißt: „Eine zehnjährige Frist von der Rechtskraft an soll die Rechtskraft der Urtheile gegen Angriffe schützen, nachdem der Zeitverlauf alle einschlagenden Verhältnisse bereits verdunkelt hat (Prozeßordnung für Bayern Art. 773, Hannover § 447 und Württemberg Art. 758, hannover'scher Entwurf § 632"). — (R. G. 5. XII. 85.) R. C. XV. (104.) 383—386.

§ 550.

§ 550.

In der Klage muß die Bezeichnung des Urtheils, gegen welches die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage gerichtet wird, und die Erklärung, welche dieser Klagen erhoben werde, enthalten sein.

§ 551.

§ 551.

Als vorbereitender Schriftsatz soll die Klage enthalten:

1. die Bezeichnung des Anfechtungsgrundes;
2. die Angabe der Beweismittel für die Thatsachen, welche den Grund und die Einhaltung der Nothfrist ergeben;
3. die Erklärung, inwieweit die Beseitigung des angefochtenen Urtheils und welche andere Entscheidung in der Hauptsache beantragt werde.

Dem Schriftsatze, durch welchen eine Restitutionsklage erhoben wird, sind die Urkunden, auf welche dieselbe gestützt wird, in Urschrift oder in Abschrift beizufügen. Befinden sich die Urkunden nicht in den Händen des Klägers, so hat er zu erklären, welchen Antrag er wegen Herbeischaffung derselben zu stellen beabsichtigt.

§§ 121, 122. §§ 480, 516 Abs. 2.

Da die Klage den Restitutionsgrund, auf den sie gestützt werden will, nicht ergeben muß (§ 551 C. P. O. sagt nur: „Die Klage soll enthalten" ꝛc.), so können auch noch im Laufe der Verhandlungen solche Gründe (§ 544) nachgeschoben werden; dabei wird aber gefordert, daß für den neuen Grund die Nothfrist gewahrt sei. (R. G. 6. II. 83.) R. C. VIII. (117.) 395. 396.

§ 552.

§ 552.

Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Klage an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist erhoben sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Klage als unzulässig zu verwerfen.

§ 549 Abs. 2.

Die Thatsachen, welche ergeben, daß die Klage vor Ablauf der Nothfrist erhoben ist, sind glaubhaft zu machen.

§§ 266, 549 Abs. 1. Gr. K. G. § 26 Nr. 5 R. A. G. O. § 20.

§ 553.

§ 553.

Die Hauptsache wird, insoweit sie von dem Anfechtungsgrunde betroffen ist, von neuem verhandelt.

Das Gericht kann anordnen, daß die Verhandlung und Entscheidung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens vor der Verhandlung über die

Digitized by Google

Hauptsache erfolge. In diesem Falle ist die Verhandlung über die Hauptsache als Fortsetzung der Verhandlung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens anzusehen.

§§ 127, 206.

Das für die Klagen zuständige Revisionsgericht hat die Verhandlung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens zu erledigen, auch wenn diese Erledigung von der Feststellung und Würdigung bestrittener Thatsachen abhängig ist.

§ 524.

1. **Durch die Wiederaufnahme des durch ein rechtskräftiges Urtheil erledigten Verfahrens wird keineswegs immer das vorausgegangene Verfahren beseitigt, sondern es erfolgt die Wiederaufnahme des Verfahrens nur insoweit, als die Hauptsache von dem Anfechtungsgrunde betroffen wird; nur insoweit wird nach § 553 Abs. 1 C. P. O. die Hauptsache von neuem verhandelt. Wie weit dies der Fall sei, ist nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden.** (R. G. 16. X. 83.) R. C. X. (119.) 384.

2. **Voraussetzungen für das neue an Stelle des früheren Urtheiles, gegen welches Restitution ertheilt worden, zu erlassende Urtheil.** (R. G. 6. II. 83.) S. hierüber R. C. VIII. (117.) 396. 397.

§ 554. **§ 554.**

Rechtsmittel sind insoweit zulässig, als sie gegen die Entscheidungen der mit den Klagen befaßten Gerichte überhaupt stattfinden.

§ 94.

1. **Der § 554 der C. P. O. hat die Bedeutung, daß Rechtsmittel gegen das Restitutions-, wie auch gegen das Nichtigkeitsmittel nur insoweit zugelassen werden sollen, als sie gegen die Entscheidungen des mit der Restitutions-, bezw. Nichtigkeitsklage befaßten Gerichtes in derselben Eigenschaft, in welcher es hier im einzelnen Falle erkennt, überhaupt stattfinden.** Wenn also ein L. G. auf Grund des § 547 Abs. 1 der C. P. O. mit einer Restitutionsklage gegen ein von ihm erlassenes Berufungsurtheil befaßt war, so findet gegen sein darauf ergangenes Restitutionsurtheil so wenig Berufung statt, wie gegen irgend ein vom L. G. in der Berufungsinstanz erlassenes Urtheil. Dabei ist es ganz unerheblich, ob das L. G. in der Meinung befangen war, als Gericht erster Instanz zu erkennen. Es braucht daher nicht untersucht zu werden, ob aus der Fassung des vorliegenden Restitutionsurtheils wirklich eine solche irrige Meinung des L. G. erhelle. Diese Frage liegt ganz anders als diejenige, welche zu der in den Entsch. Bd. VII S. 421 ff. abgedruckten Entscheidung der Vereinigten Civilsenate des R. G. Anlaß gegeben hat, daß es sich nach der Absicht des erkennenden Gerichtes bestimme, ob gegen ein gewisses Urtheil als Endurtheil ein Rechtsmittel zulässig sei oder nicht. Das Gericht kann in jedem Prozesse nach seinem Ermessen sowohl ein Endurtheil als auch ein Zwischenurtheil erlassen; aber es könnte nicht, wenn es als Berufungsgericht fungirt, nach seinem Belieben ein Urtheil erster Instanz erlassen; denn seine eigene Stellung in der Gerichtsverfassung ist durch das Gesetz ein für allemal geregelt. (R. G. 30. IV. 85.) U. u. A. II. (61.) 118. 119.

2. **Keine Berufung gegen das in der Berufungsinstanz abgegebene Restitutionsurtheil.** Die Restitutionsklage ist nicht etwa als selbständige Klage aufzufassen, ebensowenig wie die Nichtigkeitsklage; die C. P. O. geht vielmehr von dem entgegengesetzten Standpunkt aus. Dies ergibt

Digitized by Google

sich schon aus dem Grundsatz (§ 547), daß diese Klagen in der Regel bei demjenigen Gericht anzustellen sind, welches das aufzuhebende Urtheil erlassen hat. (Struckmann u. Koch, Komm. Anm. 1 zu § 547.) Demgemäß finden auf sie die allgemeinen Vorschriften nach § 548 nur mit Abweichungen Anwendung, und diese in den §§ 549—554 enthaltenen Abweichungen sind wieder Konsequenzen der Auffassung, daß es sich nicht um selbständige Klagen, sondern um Rechtsbehelfe in Klageform zu dem Zweck handelt, um ein durch rechtskräftiges Urtheil geschlossenes Verfahren wieder aufzunehmen und die Aufhebung dieses Urtheils unter Erlassung eines anderen Urtheils an Stelle desselben durch dasselbe Instanzgericht herbeizuführen. Ist letzteres vorher in der Berufungsinstanz thätig gewesen, so wird das Restitutionsurtheil von ihm gleichfalls in der Berufungsinstanz abgegeben. Dies findet auch eine ausdrückliche Anerkennung in der Bestimmung des § 554, daß Rechtsmittel nur insoweit statthaft seien, als sie gegen die Entscheidungen der mit den (Restitutions- bezw. Nichtigkeits-) Klagen befaßten Gerichte überhaupt stattfinden. Urtheil des O. L. G. zu Bamberg vom 31. März 1882. Busch, Zeitschr. f. d. C. P. Bd. 6 S. 137. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 166 S. 238.

Fünftes Buch.

Urkunden- und Wechselprozeß.

Zulässigkeit des Urkundenprozesses.

§ 555.

§ 555.

Ein Anspruch, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstande hat, kann im Urkundenprozesse geltend gemacht werden, wenn die sämmtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden können.

1. **Der Begriff der Vertretbarkeit** ist nicht in den Motiven zur C. P. O., wohl aber in der Reichstagskommission bei Gelegenheit der Berathung der §§ 716. 716 a — jetzt §§ 769. 770 des Gesetzes — erörtert worden (Protokolle S. 580. 581. 604—606). Die dort gegebene Definition stimmt mit der gemeinrechtlichen, welche auch im rheinisch-französischen Rechte anerkannt ist, überein. Bei der Frage der Vertretbarkeit kommt es nun der Natur der Sache nach wesentlich auf die Bestimmung der Parteien an, denen es freisteht, objektiv vertretbare Sachen zu individualisiren und als species zu behandeln. (Vgl. Windscheidt, Pandekten 5. Aufl. § 141; Aubry u. Rau, Bd. 2 S. 32; Zachariä-Puchelt, Bd. 2 S. 434 Note.) In einem solchen Falle ist dann unbedenklich der Urkundenprozeß ausgeschlossen. (Vgl. v. Wilmowsky-Levy, Bd. 1 S. 641; Struckmann-Koch, 3. Aufl. zu § 555 Anm. 1; Endemann, Bd. 2 S. 536.) — (R. G. 26. I. 83.) R. C. X. (101.) 341.

2. **Die Klage auf Rückgabe bestimmter Werthpapiere, welche ein Bankier im Auftrage eines Dritten gekauft und demselben, mit Nummern bezeichnet, auf Depot-Konto gutgeschrieben hat, kann nicht im Urkunden-**

Digitized by Google

prozesse verfolgt werden, weil diese Werthpapiere durch den Ankauf und die Hinterlegung als species in das Eigenthum des Klägers übergegangen sind, mithin den nach § 555 C. P. O. erforderlichen Charakter vertretbarer Werthpapiere verloren haben. (R. G. 26. I. 83.) R. C. X. (101.) 341.

3. **Im Urkundenprozesse müssen nach § 555 C. P. O. die sämmtlichen zur Begründung des Anspruches des Klägers erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden; dies bezieht sich** nicht bloß auf die in der Klageschrift vorgetragenen Thatsachen, sondern **auch auf diejenigen Thatsachen, welche der Kläger** und zwar in nach § 240 C. P. O. zulässiger Weise, **in der mündlichen Verhandlung ergänzend nachträgt, sofern dieselben zur Begründung des Klaganspruches erforderlich sind.** Hätte der Kläger dieses spätere Vorbringen schon in die Klageschrift aufgenommen, so würde es gar keinem Bedenken unterliegen, daß dasselbe nach § 555 C. P. O. gleich dem jetzt in der Klageschrift aufgenommenen durch Urkunden hätte bewiesen werden müssen, um den Urkundenprozeß zu begründen. Es kann hierin dadurch nichts geändert werden, daß Kläger es nicht in die Klage aufgenommen, sondern erst in der mündlichen Verhandlung, z. B. nachdem Beklagter exzipirt hatte, nachgebracht hat. Es ist für die Anwendung des § 555 C. P. O. gleichgültig, ob das Vorbringen bei freier Beurtheilung als eine mit § 240 l. c. in Widerspruch stehende Klagänderung oder nur als eine zulässige Berichtigung oder Ergänzung der Klagethatsachen anzusehen sein würde. In beiden Fällen würde nach § 555 der Urkundenprozeß nur zulässig sein, wenn das Vorbringen unter Urkundenbeweis gestellt wäre. (R. G. 5. X. 81.) R. C. V. (104.) 383. 384.

4. Die Civilprozeßordnung hat den Urkunden- und Wechselprozeß nicht in Ansehung des äußeren Verfahrens, sondern in Betracht der Liquidstellung der Ansprüche für Klage und Einrede von dem ordentlichen Prozesse unterschieden, indem sie denselben nur gestattet, wenn der Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder Leistung einer vertretbaren Sache gerichtet ist, und wenn sämmtliche zur Begründung des Anspruches erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden können (§ 555). In gleicher Weise ist das Einrederecht durch die sofortige Liquidstellung durch Urkunden und Eideszuschiebung begrenzt (§§ 558. 561). Mit dieser prozessualen Pflicht der Liquidstellung steht auch in Beziehung das Verfahren bei Mittheilung der Urkunden an die Gegenpartei. Während bei dem gewöhnlichen Prozeßverfahren die Antretung des Beweises durch Vorlegung der Urkunden (Produktion) — nach dem Grundsatze der Mündlichkeit und der Beweisverbindung — in der mündlichen Verhandlung erfolgt (§§ 385. 119. 251 ff. 255. 320. 399 C. P. O.) und die instruktionelle Vorschrift des § 122 a. a. O., wonach dem vorbereitenden Schriftsatze die in Bezug genommenen Urkunden, nach Wahl der Partei, in Urschrift oder in Abschrift beigefügt und dem Gegner mit zugestellt werden sollen (§§ 155. 156. 183 a. a. O.), nur den Zweck hat, dem Gegner vorbereitende Gelegenheit zur Erklärung und zu dem Antrage auf Niederlegung der Urkunden auf der Gerichtsschreiberei zu geben (§ 125 a. a. O.), schreibt — in Würdigung des unterschiedlichen Zweckes der Urkunden

Digitized by Google

für den Urkunden- und Wechselprozeß — der § 556 Abs. 2 a. a. O. vor, daß die Urkunden, welche zur Begründung des Klaganspruches dienen, in Urschrift oder in Abschrift der Klage beigefügt werden müssen. **Die Existenz der Urkunden ist** daher **im Urkundenstreite** — und durch die Wahl dieser Prozeßart unterwirft der Kläger sich dieser eigenartigen Einschränkung — **Bedingung des klägerischen Prozeßrechtes und die Beifügung der Urkunden und die Mittheilung derselben an den Gegner dergestalt obligatorisch, daß eine Nachbringung der Urkunden in dem Prozesse — wenigstens wenn der Mangel gerügt (§ 267) — unzulässig und der Urkundenprozeß daher — beim Mangel jener Voraussetzung — unstatthaft erscheint.** Struckmann und Koch, Civilprozeßordnung 2. Aufl. S. 479, 482; Endemann, Civilprozeßordnung I. S. 539, 540; Petersen, Civilprozeßordnung II. S. 447; Hellmann, Civilprozeßordn. II. S. 511; v. Sarwey, Civilprozeßordn. II. S. 8; v. Wilmowsky und Levy, Civilprozeßordn. S. 432. Wenn nun vom Kläger zwar der Urschrift seines vorbereitenden Schriftsatzes eine vollständige Abschrift des Klagewechsels und des Protestes — also einschließlich des auf dem Wechsel befindlichen, den Kläger als Inhaber legitimirenden Blanko-Giro — beigefügt worden ist, in der Abschrift des Wechsels und des Protestes aber, welche dem Beklagten mit der Abschrift der vorbereitenden Klageschrift zugestellt worden ist, jenes Blanko-Giro des Ausstellers gefehlt hat, so ist diese Beurkundung eine mangelhafte und nicht geeignet, den Anspruch des Klägers zum Urkundenprozesse zu qualifiziren. Denn **nach § 555 a. a. O. müssen für diese Prozeßart alle zur Begründung des Klaganspruches erforderlichen Thatsachen durch Urkunden erwiesen werden, daher auch alle nebensächlichen Elemente, nicht bloß der Hauptanspruch, und somit insbesondere auch die Sachlegitimation des Klägers, d. h. die Berechtigung des Klägers zur Geltendmachung des erhobenen Anspruches.** Die dem Beklagten mit der Klage zugestellte Abschrift des Wechsels ergibt — beim Mangel des Blanko-Giros — aber keinen urkundlichen Beweis für die Legitimation des Klägers, als Inhabers der Wechselforderung, und ein Urkundenbeweis ist daher nach dieser Richtung hin überhaupt nicht angetreten und nicht geführt (§ 560 a. a. O.). Die Pflicht zu dieser urkundlichen Liquidstellung ist aber — abweichend von dem ordentlichen Prozeßverfahren — im Urkundenstreite schon zur Zeit der Klageerhebung, d. i. in dem Zeitpunkte der Zustellung des vorbereitenden Klageschriftsatzes an den Beklagten (§§ 230. 560 a. a. O.), vorhanden, und ob sie erfüllt ist, das läßt sich nur prüfen und beurtheilen nach dem Inhalte der, dem Beklagten — zum Zweck der Klageerhebung — zugestellten beglaubigten Abschrift des Schriftsatzes, nicht nach dem Inhalte der, dem Beklagten nicht zugänglich gemachten Urschrift des Schriftsatzes (§§ 152. 153. 155. 156 a. a. O.). **Eine Ergänzung** dieses mangelhaft, d. h. bei Erhebung der Klage durch Zustellung an den Beklagten nicht urkundlich erbrachten Beweises durch Produktion der vollständigen Originalurkunde **in dem Termine zur mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz ist** — es kann dahin gestellt bleiben, ob überhaupt, aber jedenfalls **unzulässig.**

Digitized by Google

wenn der Beklagte den Mangel der Beurkundung schon in erster Instanz gerügt hat (§ 267 a. a. O.). (R. G. 8. XII. 80.) R. C. III. (105.) 377—380. A. III. (34.) 113—115. (R. C. IX. (123.) 434).

5. **Das Gesetz (§ 555 der R. C. P. O.) läßt Urkunden jeder Art zu, falls sie nur der Art sind, daß der Richter im Stande ist, aus ihnen einen vollständigen Beweis zu folgern.** Ob dies der Fall sei, ist Sache thatsächlicher Würdigung. (R. G. 5. XII. 82.) A. VII. (40.) 163.

6. **Im Urkundenprozesse kann der Urkundenbeweis durch Bezugnahme auf Untersuchungsakten (§ 397 C. P. O.) angetreten werden.** Diese Urkunden begründen allerdings keinen direkten Beweis, können vielmehr nur Anhaltspunkte bieten, aus denen der Richter nach § 259 C. P. O. seine Ueberzeugung schöpft; allein dies ist kein Grund, sie vom Urkundenprozesse auszuschließen, da das Gesetz (§ 555 C. P. O.) Urkunden jeder Art zuläßt, falls sie nur der Art sind, daß der Richter im Stande ist, aus ihnen einen vollständigen Beweis zu folgern. Das Gesetz (§ 558 Abs. 2 C. P. O.) bestimmt nun zwar weiter, daß im Urkundenprozesse die Antretung des Urkundenbeweises durch Vorlegung der Urkunden zu erfolgen habe, und in den Motiven des Entwurfes ist bemerkt, hiernach sei die Antretung nach Maßgabe des § 397 C. P. O. (Erhebung von Akten bei öffentlichen Behörden) ausgeschlossen; allein diese Bemerkung hat offenbar nur den Fall im Auge, wo die Akten bei anderen Behörden erst zu erheben sind, **wenn sich aber die Akten bereits in Händen des urtheilenden Gerichtes befinden, so erscheint es im Sinne fraglicher Gesetzesbestimmung vollkommen statthaft, sich auf dieselben zur Beweisführung zu beziehen.** (R. G. 5. XII. 82.) R. C. VIII. (9.) 45.

7. **Im Wechselprozesse ist der Antrag auf Herbeiziehung von Untersuchungsakten, die sich im Besitze des Prozeßgerichtes befinden, eine den Formen des Urkundenprozesses entsprechende Beweisantretung zum Beweise der Wechselfälschung.** (R. G. 5. XII. 82.) A. VII. (40.) 163. R. C. VIII. (9.) 45. Sh. oben Ziff. 6.

8. **Der Urkundenprozeß der Reichs-Civilprozeßordnung kann auch auf nicht unterschriebene Privaturkunden gegründet werden.** Nach den §§ 555. 560 C. P. O. wird für die Statthaftigkeit des Urkundenprozesses nur gefordert, daß die sämmtlichen zur Begründung des Anspruches erforderlichen Thatsachen vollständig durch Urkunden bewiesen werden. Unter den schriftlichen Urkunden, welche im Titel 9 des zweiten Buches der C. P. O. behandelt werden, sind aber sowohl vom Aussteller unterschriebene bezw. unterzeichnete, wie solcher Unterschrift oder Unterzeichnung ermangelnde begriffen. Beide Kategorien sind in den §§ 404. 405 als Gegenstand der dem Gegner obliegenden Erklärungspflicht und des Echtheitsbeweises gesetzt. Allerdings ist nur in Betreff der unterschriebenen Urkunden eine formelle Beweiskraftsvorschrift in dem Sinne aufgestellt — § 381 —, daß der Richter bei ihnen den vollen Beweis als erbracht anzusehen hat, es seien die in denselben enthaltenen Aeußerungen perfekte, abgeschlossene Erklärungen des Ausstellers, während mangels der Unterschrift es der freien Würdigung des Richters — § 259 — untersteht, ob die geschriebenen Worte eine perfekte, abgeschlossene Erklärung ihres Urhebers darstellen. Aber in den Vorschriften über den Urkundenprozeß ist nirgends eine Einschränkung enthalten, nach welcher der Urkundenprozeß

Digitized by Google

nur auf Urkunden, die der Richter vermöge einer formellen Beweiskraftsregel der C. P. O. für irgend etwas als beweisend ansehen müsse, und nicht auf solche, bei denen die ganze Beweiskraft seiner freien Würdigung überlassen sei, auch wenn er sie dennoch als beweisend ansehe, gestützt werden könnte. Vielmehr läßt sich gerade aus der Vergleichung der C. P. O. mit den früheren Entwürfen ersehen, daß solche Einschränkung nicht gewollt ist, und daß, wie ungewöhnlich dies auch vom Standpunkt des früheren Exekutivprozesses erscheinen mag, es dem Standpunkte der C. P. O. entspricht, wenn erst zugleich mit der freien Würdigung, ob der Beweis der den Anspruch begründenden Thatsachen durch Urkunden geführt ist, auch über die Statthaftigkeit des Urkundenprozesses entschieden wird. Darüber kann kein Zweifel sein, daß die Prüfung der Statthaftigkeit des Urkundenprozesses erst unmittelbar vor Erlaß des Urtheils einzutreten hat (vgl. Motive S. 353). Nach früheren Entwürfen sollten auch über die materielle Beweiskraft der Urkunden positive Bestimmungen getroffen werden, und es sollte in Bezug auf Rechtsgeschäfte den solche zum Gegenstande habenden unterschriebenen Willenserklärungen, in Bezug auf Thatsachen den Geständnisse von Thatsachen zum Gegenstande habenden unterschriebenen Erklärungen, ersteren unbeschränkt, letzteren zu Gunsten desjenigen, dem die Urkunde ausgestellt worden, und gegen den Aussteller und dessen Rechtsnachfolger, volle Beweiskraft durch ausdrückliche Bestimmungen zugesprochen werden. Entsprechend dieser ausdrücklichen Hervorhebung bestimmter Urkunden mit zuerkannter voller materieller Beweiskraft gegenüber anderen, deren Beweiskraft der freien Würdigung anheimfiel, sollte der Urkundenprozeß nur auf Grund ersterer Urkunden statthaft sein, was durch Allegirung der entsprechenden, jene qualifizirten Urkunden betreffenden Bestimmungen aus den Vorschriften über Urkundenbeweis in der den Urkundenprozeß betreffenden Vorschrift zum Ausdruck gebracht wurde (vgl. §§ 537. 538. 649 des norddeutschen Entwurfes zur C. P. O. und §§ 371. 473 des sogenannten hannöverschen Entwurfes). Die Reichs-Civilprozeßordnung hat es aber aufgegeben, bindende Vorschriften über die materielle Beweiskraft zu erlassen, und hat diese der freien richterlichen Würdigung anheimgegeben. Demnach gibt es keine Urkunden, deren volle materielle Beweisfähigkeit des Behikels der richterlichen Würdigung entbehren kann. Als Konsequenz dieser Aenderung ist es aber nur anzusehen, wenn dem entsprechend der Urkundenprozeß nicht auf bestimmte Urkunden, auch nicht auf solche, denen durch §§ 380—383 eine formelle volle Beweiskraft lediglich in Bezug auf das Vorhandensein des Vorganges oder der Erklärung, aber auch nicht auf deren Wirkung zuerkannt ist, eingeschränkt ist, was sich deutlich durch Weglassung jedes beschränkenden Allegats in § 555 ergibt. (R. G. 23. X. 80.) R. C. II. (120.) 415—418.

9. **Im Urkundenprozeß müssen auch die zur Klagbegründung gehörigen replikatorischen Vorbringen durch Urkunden bewiesen werden.** Soweit der Klagegrund nicht geändert wird, kann eine Ergänzung der thatsächlichen Anführungen statt haben (§§ 235 Nr. 3, § 240 a. a. O.). Im Urkundenprozesse aber müssen sämmtliche zur Begründung des Anspruches erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden. (R. G. 13. IV. 82.) A. V. (119.) 463. 464.

Digitized by Google

10. **Eine Klage aus einem zweiseitigen Vertrage im Urkundenprozeß ist zulässig**, denn der § 555 der C. P. O. gewährt ganz allgemein die Möglichkeit, einen Anspruch, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Qualität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstand hat, im Urkundenprozeß geltend zu machen, wenn nur die sämmtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden können (vgl. auch Bangerow, Pand. Bd. 3 § 607 III.). Urtheil des O. L. G. zu Celle vom 6. Oktober 1886. S. A. Bd. 12 bezw. 42 Nr. 77 S. 110.

11. **Ist die Urkunde, auf welche der Anspruch sich gründet, nicht von der angeblich verpflichteten Person selbst ausgestellt, sondern von einem Vertreter derselben, wie z. B. von einem Prokuristen, so reicht der Nachweis der Echtheit der Unterschrift dieses Vertreters (§ 558 Abs. 2 C. P. O.) offenbar zur Begründung des Anspruches nicht hin, vielmehr muß weiter dargethan werden, daß die fragliche Person auch befugt war, als Vertreter zu handeln.** Folge hiervon ist, daß auch betreffs dieser Thatsache die Vorschriften der §§ 555. 556 C. P. O. gelten. (R. G. 31. III. 85.) R. C. XIII. (97.) 370.

12. **Im Urkundenprozeß muß, wenn eine Urkunde von einem Vertreter unterschrieben ist, auch die Befugniß desselben urkundlich bescheinigt werden.** (R. G. 27. III. 85.) U. u. A. II. (21.) 29.

13. **Im Urkundenprozesse kann die Verurtheilung zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme mit einer besonderen Maßgabe hinsichtlich der Vornahme der Zwangsvollstreckung nicht beantragt werden.** Diese Prozeßart ist nicht zulässig für Geltendmachung eines Anspruches auf ein beliebiges Geben oder Leisten. In derselben kann nur verfolgt werden ein Anspruch auf eine einfache und im Weigerungsfalle in einfachster Weise realisirbare Leistung, auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen. (R. G. 15. VI. 87.) R. C. XVIII. (96.) 413. 415.

14. Nach den §§ 732, 736 Abs. 1, 737 Abs. 2 der R. C. P. O. ersetzt im Zwangsvollstreckungsverfahren die Ueberweisung einer Wechselforderung die Erklärung des Schuldners, von welcher nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist. **Der Gläubiger eines Wechselberechtigten, welchem dessen Wechselforderung überwiesen ist, kann daher auf Grund des Wechsels und einer Ausfertigung des Ueberweisungsbeschlusses gegen den Wechselschuldner im Urkunden- und speziell im Wechselprozeß auftreten**; denn sämmtliche zur Begründung seines Anspruchs erforderlichen Thatsachen sind durch Urkunden erwiesen, und in der Natur des Wechselprozesses liegt kein Grund, aus welchem es ausgeschlossen wäre, daß statt des Wechselberechtigten sein Rechtsnachfolger, beziehungsweise sein Bevollmächtigter auftrete; derselbe muß sich nur die gegen den Wechselberechtigten selbst begründeten Einreden entgegensetzen lassen. (R. G. 8. XI. 82.) A. VII. (25.) 85.

15. **Die actio hypothekaria des gemeinen Rechts eignet sich nicht für den Urkundenprozeß.** (Vgl. Förster, preuß. Privatr. Bd. 3 § 194 III.; Endemann, Komm. zur R. C. P. O. Bd. 2 § 537 Nr. 7; v. Wilmowsky und Levy, Komm. Bd. 2 S. 675.) Dieselbe ist heutzutage, wo der Pfandverkauf von Immobilien regelmäßig durch den

Digitized by Google

Richter erfolgt, darauf zu richten, daß das Gericht das Pfandrecht des Klägers anerkenne, die Stellung der Pfandsache zum öffentlichen Verkauf anordne und den Beklagten zur Herausgabe der Pfandsache an den künftigen Erwerber verurtheile (Windscheid, Pand. Bd. 1 § 235 Anm. 7). Gegenstand der Klage ist darum doch nicht Zahlung einer bestimmten Geldsumme, wie solches § 555 der C. P. O. als Vorbedingung des Urkundenprozesses voraussetzt, sondern etwas spezifisch Verschiedenes: Gestattung der Zwangsvollstreckung, als welche möglicher- nicht nothwendigerweise zur Erlangung eines die rückständige Forderung erreichenden oder übersteigenden Kauferlöses, und damit zur Befriedigung des Gläubigers führen kann. Die Kommentatoren der C. P. O. (Struckmann und Koch § 555; v. Sarwey Bd. 2 S. 5; v. Bülow S. 392; Seuffert 2. Aufl. S. 694; Endemann Bd. 2 S. 537; Petersen Bd. 2 S. 443) erklären sammt und sonders den Urkundenprozeß als unstatthaft für die gemeinrechtliche actio hypothekaria; v. Wilmowsky u. Levy (Bd. 2 S. 675), die die hypothekarische Klage gegen den dritten Besitzer als sehr geeignet für den Urkundenprozeß bezeichnen, haben dabei, ähnlich wie die Motive zu § 555, die hypothekarische Klage des preußischen Rechts vor Augen, welches hierin, wie in manchen anderen Stücken, von anderen Prinzipien ausgeht. Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig vom 1. Juni 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (252.) 380. 381.

16. **Thatsachen, welche im Sinne von § 264 C. P. O. bei Gericht offenkundig sind, bedürfen auch im Urkundenprozesse keines Beweises.** (R. G. 31. III. 85.) R. C. XIII. (97.) 370; s. auch noch bei § 264 eodem.

17. Gleichwie die C. P. O. zwischen direkter und indirekter Beweisführung überhaupt keinen grundsätzlichen Unterschied macht, so enthalten die auf den Urkundenprozeß bezüglichen Paragraphen keine Bestimmung dahin, daß **eine indirekte Beweisführung** ausgeschlossen wäre, auch wenn sie mit den in der Prozeßart zulässigen Beweismitteln erfolge (Entsch. des R. G. Bd. 8 S. 45). Es besteht aber **ein wesentlicher Unterschied zwischen Beweismittel und Beweisgrund.** Die C. P. O. kennt nach ihrem systematischen Standpunkt als Beweismittel nur Augenschein, Sachverständige, Zeugen, Urkunden und Eid. **Die sog. menschlichen Vermuthungen,** welche keine in die Sinnenwelt tretenden wahrnehmbaren Erscheinungsformen sind, sondern sich als die Produkte eines Denkakts darstellen, sind keine Beweismittel, sondern fallen unter den Begriff des Beweisgrundes (vgl. Seuffert, Komm. 3. Aufl. S. 315; v. Wilmowsky u. Levy, 3. Aufl. S. 349). Eben deßhalb bleibt ihre Anwendung von der auf die Beweismittel sich beziehenden Vorschrift der §§ 555 und 558 C. P. O. unberührt. Selbstverständlich liegt allerdings **eine rechtliche Voraussetzung für die Benutzung solcher Vermuthungen als Beweisgründe für den Urkundenprozeß darin, daß die Vermuthungen oder Schlußfolgerungen selbst aus Urkunden abgeleitet sein müssen;** es erleidet dann auch jene alsbaldige Liquidität von Einwand und Gegeneinwand, welche der Urkundenprozeß erheischt, keinen Eintrag. Dabei muß auch im Auge behalten werden, daß, wie in den Motiven zu den dem Reichstag vorgelegten Entwürfen der C. P. O. von 1874 klar dargelegt und ebenso in der Doktrin wie in der Rechtsprechung anerkannt ist (v. Wilmowsky u. Levy, Kommentar 3. Aufl.

Digitized by Google

S. 678; Struckmann u. Koch 5. Aufl. S. 624; Entsch. des R. G. Bd. 2 S. 416 ff. in Seuffert, Arch. Bd. 36 Nr. 166), für den Urkundenprozeß absichtlich **nicht vorgeschrieben** worden ist, **daß die Urkunden an sich „vollbeweisende"**, d. h. solche, welche zufolge einer formellen Beweiskraftsregel der C. P. O. für beweisend angesehen werden müßten (Entsch. des R. G. Bd. 2 S. 415), **zu sein hätten**, weil nach den Bestimmungen der §§ 367 ff. des Entwurfes, jetzt §§ 380 ff., die materielle Beweiskraft jeder Urkunde dem richterlichen Ermessen unter Berücksichtigung aller konkreten Verhältnisse anheimfällt. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 22. März 1887. Seuffert's Bl. f. R.-Anw. Jahrg. 52 S. 187. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 336 S. 477. 478.

Verfahren.

§ 556. **§ 556.**

Die Klage muß die Erklärung enthalten, daß im Urkundenprozesse geklagt werde. Die Urkunden müssen in Urschrift oder in Abschrift der Klage beigefügt werden.

§§ 230 ff., 457, 460, 192, 125, 126, 133.

1. Der § 555 C. P. O. bestimmt die Voraussetzungen, unter welchen der Urkundenprozeß überhaupt zulässig ist, und knüpft dabei diese Zulässigkeit an die Bedingung, daß alle zur Begründung des Anspruches erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden können. Der § 556 a. a. O. schreibt sodann, und zwar in imperativer Fassung („muß" — „müssen") die Form vor, in welcher (wenn im Urkundenprozesse geklagt wird) die Klage zu erheben ist, indem er außer der in die Klage aufzunehmenden Erklärung, daß im Urkundenprozesse geklagt werde, verlangt, daß die Urkunden in Urschrift oder Abschrift der Klage beigefügt werden. Er bestimmt mithin die besonderen Voraussetzungen, an welche die Erhebung einer im Urkundenprozesse anzustellenden Klage noch außer dem auch für andere Klagen durch § 230 C. P. O. vorgeschriebenen nothwendigen Inhalte geknüpft sein soll. Wie nun im ordentlichen Verfahren eine Klage als nicht erhoben gilt, die Rechtsfolgen der Klagerhebung nicht eintreten und gegen den nicht erschienenen Beklagten ein Versäumnißurtheil nicht erlassen werden kann, wenn es an den nothwendigen Bestandtheilen der Klage fehlt (vgl. Motive S. 182), ist dies auch für den Urkundenprozeß anzunehmen, wenn die besonderen prozessualen Voraussetzungen nicht vorliegen, welche das Gesetz für diese Prozeßart vorgeschrieben hat. **Ist daher im Urkundenprozesse geklagt, ohne daß nach Vorschrift des § 556 C. P. O. die den Anspruch beweisenden Urkunden dem Beklagten mit der Klage zugestellt sind, so braucht dieser sich auf die Klage nicht einzulassen, er kann vielmehr Abweisung in der gewählten Prozeßart verlangen, und es kann kein Versäumnißurtheil gegen ihn ergehen, selbst wenn im Verhandlungstermine die Urkunden vorgelegt werden (vgl. Motive S. 350). Ebenso soll, wenn der Urkundenprozeß (nach § 555 C. P. O.) unstatthaft ist, insbesondere wenn ein dem Kläger obliegender Beweis nicht mit den im Urkundenprozesse zulässigen Beweismitteln angetreten oder vollständig geführt ist, die Klage als in der gewählten Prozeßart unstatthaft selbst dann (nach § 560 C. P. O.) abgewiesen werden, wenn in dem Termine zur mündlichen Verhandlung der Beklagte nicht erschienen ist oder der Klage nur auf Grund rechtlich unbegründeter oder im Urkunden-**

Digitized by Google

prozesse unstatthafter Einreden widersprochen hat. Diese die Zulässigkeit des Urkundenprozesses betreffenden Punkte hat daher der Richter von Amts wegen zu prüfen (vgl. Motive S. 353), woraus folgt, daß ein desfallsiger Mangel weder durch Verzicht, noch durch Präklusion in Gemäßheit des § 267 Abs. 1 C. P. O. heilbar ist, sondern nur durch ein Anerkenntniß des Anspruches seitens des Beklagten (vgl. § 278 C. P. O.) gehoben werden kann. Ob dagegen auch die Unterlassung der Rüge, daß die zur Begründung des Klaganspruches dienenden Urkunden nicht schon, wie in § 556 C. P. O. vorgeschrieben ist, der dem Beklagten zugestellten Klage beigefügt seien, nicht zu beachten sei, ist in § 560 a. a. O. nicht gesagt, und die Ansichten über die Folgen der Nichtbeachtung dieser Vorschrift des § 556 gehen auch im Uebrigen auseinander. (Vgl. Struckmann und Koch, Anm. 2 § 556 und die dort Angeführten, sowie Siebenhaar, Kommentar S. 544.) — (R. G. 28. III. 83.) R. C. IX. (123.) 433. 434. A. VIII. (64.) 247. 248.

2. **Der Unterschied des ordentlichen von dem Urkundenprozesse** — §§ 230. 555 C. P. O. — **ist in der Nothwendigkeit begründet, daß in dem letzteren die den Anspruch beweisenden Urkunden gleich der Klage beigefügt und mit derselben dem Beklagten zugestellt werden** — § 556 l. c.; dies Gebot wird von den die vorbereitenden Schriftsätze und deren Zustellung betreffenden Vorschriften — §§ 124. 156 l. c. — nicht berührt, **die Unterlassung der Rüge dieses Mangels der Klage von Seiten des Beklagten ist ohne Bedeutung, weil die Wahl der Prozeßart nicht der Willkür oder Vereinbarung der Parteien unterliegt,** dieselben nicht auf die Befolgung der Vorschrift des § 556 verzichten können, der Richter vielmehr den nicht liquide gemachten Anspruch selbst beim Nichterscheinen des Beklagten von Amts wegen zurückweisen muß — §§ 560. 267 l. c. — (R. G. 11. VI. 81.) R. C. V. (94.) 352. A. IV. (51.) 173. (R. C. IX. (123.) 434).

3. Im Urkundenprozesse **genügt nicht die Niederlegung der Urkunden auf der Gerichtsschreiberei.** (R. G. 11. VI. 81.) R. C. V. (94.) 352. A. IV. (51.) 173.

4. **Nach § 555 der C. P. O. müssen für diese Prozeßart alle zur Begründung des Klaganspruchs erforderlichen Thatsachen durch Urkunden erwiesen werden, daher auch alle nebensächlichen Elemente, nicht bloß der Hauptanspruch, und somit insbesondere auch die Sachlegitimation des Klägers, d. h. die Berechtigung des Klägers zur Geltendmachung des erhobenen Anspruchs.** Urtheil des Reichsgerichts vom 8. Dezember 1880. Annalen des R. G. Bd. 3 S. 113 ff. S. A. Bd. 36 Nr. 167 S. 249. 250.

5. **Bei einer Lückenhaftigkeit und Inkorrektheit der dem Beklagten schon mit der Klage zugestellten Abschrift einer Urkunde, die im Audienztermine urschriftlich vorgelegt ist, müssen jene Mängel der Abschrift dann als geheilt angesehen werden, wenn der Beklagte sie nicht rügt.** Denn die Vorschrift des § 556 C. P. O., daß der Klage die Urkunden in Urschrift oder in Abschrift beigefügt werden müssen, ist auch bei der Zustellung einer fehlerhaften Abschrift an sich und äußerlich genügt, und zwar auch dann, wenn diese Abschrift in so wesentlichen Punkten fehlerhaft ist, daß alle zur Begründung des Anspruches erforderlichen Thatsachen durch diese Abschrift nicht bewiesen werden können. Der § 556 C. P. O. enthält

Digitized by Google

nur eine formelle Vorschrift. Das Erforderniß der Zustellung einer fehlerlosen Abschrift stellt er nicht auf, und durch die bloße Inkorrektheit und Unvollständigkeit verliert die zugestellte Abschrift noch nicht den Charakter einer Abschrift der Urkunde. Um solcher Mängel willen kann daher jene Vorschrift noch nicht als unbeachtet gelten und können die Konsequenzen hiervon noch nicht gezogen werden. Der Beklagte kann Einreden daraus herleiten, aber man kann nicht sagen, daß es an einer nothwendigen Bedingung des Urkundenprozesses fehle. Der Zweck der Vorschrift des § 556 a. a. O. ist allerdings, daß der Beklagte schon bei der Zustellung der Klage Gelegenheit erhalten soll, die Zulässigkeit des Urkundenprozesses zu prüfen. Es besteht aber ein wesentlicher Unterschied für die Frage der Verzichtbarkeit und Heilbarkeit des Mangels der Zustellung zwischen dem Falle, wo überhaupt eine Beifügung der Urkunde nicht stattgefunden hat, und dem Falle der Zustellung einer nur mangelhaften Abschrift. Denn das erstere vermag der Richter schon aus der ihm vom Kläger vorzulegenden Zustellungsurkunde — vorausgesetzt, daß der Inhalt derselben richtig ist — zu ersehen, sodaß er die Befolgung des vorgeschriebenen Formale in diesem Sinne auch von Amts wegen kontrolliren kann. Anders verhält sich aber die Sache, wenn nach dem Zustellungsdokumente der Vorschrift des § 556 a. a. O. an sich genügt ist. Denn in diesem Falle wird dem Richter die Nichtübereinstimmung der zuzustellenden Urkundenabschrift mit der vorgelegten Urschrift erst dadurch erkennbar, daß der Beklagte diesen Mangel rügt und die ihm zugestellte Abschrift seinerseits vorlegt. Unterläßt er dies, so verzichtet er thatsächlich und stillschweigend auf das ihm allerdings zustehende Recht, daß ihm eine korrekte und vollständige Abschrift schon mit der Klage zugestellt wird, aber nicht auf die für den Urkundenprozeß gegebene Formalvorschrift, welcher nothwendig auch durch Zustellung einer mangelhaften Abschrift genügt wird, da der Richter thatsächlich außer Stande ist, die Klage auf einen Mangel in dieser Richtung ohne Mitwirkung des Beklagten zu prüfen. Da der Formvorschrift des § 556 C. P. O. bei rechtzeitiger Zustellung einer, sei es auch mangelhaften, Abschrift genügt wird, so kann nicht eingewendet werden, daß es sich hier, da die Wahl der Prozeßart nicht der Willkür oder Vereinbarung der Parteien unterliege, um die Verletzung einer Vorschrift handele, auf deren Befolgung eine Partei wirksam nicht verzichten könne, und daß deßhalb der zweite Absatz des § 267 C. P. O. zur Anwendung komme. Daß aber, abgesehen von der Ausnahmebestimmung des zweiten Absatzes, die Voraussetzungen des § 267 a. a. O. hier vorliegen, und daher dessen erster Absatz anwendbar ist, kann keinem Zweifel unterliegen, da zu den Prozeßnormen, deren Verletzung nach § 267 a. a. O. durch Verzicht oder Präklusion heilbar sein soll, unstreitig insbesondere auch die Vorschriften über die Ausführung von Zustellungen und Ladungen gehören. (R. G. 28. III. 83.) R. C. IX. (123.) 434—436. A. VIII. (64.) 248—250.

6. Die C. P. O. hat den Urkunden- und Wechselprozeß nicht in Ansehung des äußeren Verfahrens, sondern in Betracht der Liquidstellung der Ansprüche für Klage und Einrede von dem ordentlichen Prozeß unterschieden, indem sie denselben nur gestattet, wenn der Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder auf Leistung einer vertretbaren Sache

Digitized by Google

gerichtet ist, und wenn sämmtliche zur Begründung des Anspruches erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden können (§ 555). In gleicher Weise ist das Einrederecht durch die sofortige Liquidstellung durch Urkunden und Eideszuschiebung begrenzt (§§ 558, 561.) Mit dieser prozessualen Pflicht der Liquidstellung steht auch in Beziehung das Verfahren bei Mittheilung der Urkunden an die Gegenpartei. Während bei dem gewöhnlichen Prozeßverfahren die Antretung des Beweises durch Vorlegung der Urkunden (Produktion), nach dem Grundsatz der Mündlichkeit und der Beweisverbindung, in der mündlichen Verhandlung erfolgt (§§ 385, 119, 251 ff., 255, 320, 399 der C. P. O.) und die instruktionelle Vorschrift des § 122, wonach dem vorbereitenden Schriftsatz die in Bezug genommenen Urkunden nach Wahl der Partei in Ur- oder Abschrift beigefügt und dem Gegner mit zugestellt werden sollen (§§ 155, 156, 173), nur den Zweck hat, dem Gegner vorbereitende Gelegenheit zur Erklärung und zu dem möglichen Antrage auf Niederlegung der Urkunden auf der Gerichtsschreiberei zu geben (§ 125), schreibt der § 556, in Würdigung des unterschiedlichen Zwecks der Urkunden für den Urkunden- und Wechselprozeß, vor, daß die Urkunden, welche zur Begründung des Klaganspruchs dienen, in Urschrift oder in Abschrift der Klage beigefügt werden müssen. **Die Existenz der Urkunden ist daher im Urkundenstreit** — und durch Wahl dieser Prozeßart unterwirft sich der Kläger dieser eigenartigen Einschränkung — **Bedingung des klägerischen Prozeßrechts, und die Beifügung der Urkunden, sowie die Mittheilung derselben an den Gegner dergestalt obligatorisch, daß eine Nachbringung der Urkunden im Prozeß, wenigstens wenn der Mangel gerügt worden (§ 267), unzulässig, der Urkundenprozeß daher, beim Mangel jener Voraussetzung, unstatthaft erscheint.** Struckmann und Koch, C. P. O. 3. Aufl. S. 524; Endemann, C. P. O. Bd. 1 S. 539, 540; Petersen, C. P. O. Bd. 2 S. 447; Hellmann, C. P. O. Bd. 2 S. 511; Sarwey, C. P. O. Bd. 2 S. 8; Fitting zur Einführung in die Reichsgerichtsverf. S. 96; v. Wilmowsky und Levy, C. P. O. S. 432. Urtheil des Reichsgerichts vom 8. Dezember 1880. Annalen des R. G. Bd. 3 S. 113 ff. S. A. Bd. 36 Nr. 167 S. 248. 429.

7. Für die Annahme, daß die Bestimmung des § 186 G. V. G., nach welcher die Gerichtssprache die deutsche ist, den Richter verpflichte, von den Parteien eine deutsche Uebersetzung der von ihnen beigebrachten, in einer fremden Sprache abgefaßten Urkunde zu verlangen, läßt sich weder aus dem Wortlaute, noch aus den Materialien ein Anhalt gewinnen. Diese Bestimmung bezieht sich vielmehr ihrem Wortsinne und Zwecke nach nur auf die Verhandlungen und auf die Schriftsätze der Parteien, sowie auf die Beschlüsse, Verfügungen und Urtheile der Gerichte. Auch ist es nach § 133 Abs. 3 C. P. O. lediglich Sache der Prozeßleitung und des freien Ermessens des Gerichtes, ob es die Beibringung einer Uebersetzung für nothwendig erachtet und anordnen will oder nicht. Der Urkundenprozeß enthält in dieser Beziehung keine von dem gewöhnlichen Prozesse abweichenden Vorschriften, es kann daher **nicht davon die Rede sein, daß der Urkundenprozeß nur aus deutschen oder doch mit einer deutschen Uebersetzung begleiteten Urkunden zulässig sei.** (R. G. 28. III. 83.) R. C. IX. (123.) 436. 437.

Digitized by Google

8. **Der Satz, daß die Legitimation des Inhabers eines Wechsels zur Zahlungsforderung aus der Wechselurkunde selbst hervorgehen müsse, bedarf der Einschränkung.** Auch einer anderen als der in der Wechselurkunde bezeichneten Person kann das Recht zur Geltendmachung der Wechselforderung zustehen, sofern dasselbe durch ein außerhalb des Wechsels liegendes Rechtsverhältniß dieser Person zu der in der Wechselurkunde als Wechselgläubiger bezeichneten Person, z. B. durch Erbgang, eheliches Güterrecht, Zession oder ein sonstiges Rechtsgeschäft, begründet wird. (R. G. 10. VII. 84.) R. C. XII. (29.) 132.

9. **Eine im Urkunden- und Wechselprozesse erhobene Klage darf wegen Nichtbeifügung einer Urkunde zur Klageschrift (§ 556 Satz 2 C. P. O.) oder wegen Nichtantretung des Beweises durch Vorlegung einer Urkunde im Verhandlungstermine (§ 560 Abs. 2 C. P. O.) dann nicht abgewiesen werden, wenn die durch die Urkunde zu beweisende Thatsache als offenkundig oder unbestritten keines Beweises bedarf.** Dies ergibt sich, was die Antretung des Beweises betrifft, aus der Vorschrift des § 560 Abs. 2 a. a. O., daß die Klage als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abzuweisen ist, wenn Kläger einen ihm obliegenden Beweis nicht mit den im Urkundenprozesse zulässigen Beweismitteln angetreten hat. In Betreff der Klageschrift aber ergibt sich dasselbe aus der Erwägung, daß die Pflicht zur Ankündigung der als Beweismittel zu benutzenden Urkunden durch urschriftliche oder abschriftliche Beifügung derselben zur Klage sich nicht weiter erstreckt, als die Pflicht zur Antretung und Führung des Beweises. Der Kläger, welcher es unterläßt, der im Urkundenprozesse erhobenen Klage bezüglich einer zur Klagebegründung gehörigen Thatsache, insbesondere bezüglich der Aktivlegitimation, die zum Beweise derselben dienende Urkunde beizufügen, läuft Gefahr, wegen dieses Mangels mit der erhobenen Klage abgewiesen zu werden, wenn der Beklagte nicht erscheint oder die Klage bestreitet; der an sich vorhandene Mangel stellt sich aber als ein unwesentlicher, die Abweisung der Klage nicht rechtfertigender heraus, wenn sich bei der Verhandlung ergibt, daß die in Rede stehende Thatsache des Beweises nicht bedarf. (R. G. 10. VII. 84.) R. C. XII. (29.) 133.

§ 557. **§ 557.**

Auf Grund prozeßhindernder Einreden darf die Verhandlung zur Hauptsache nicht verweigert werden; das Gericht kann jedoch die abgesonderte Verhandlung über diese Einreden auch von Amtswegen anordnen.

§§ 247, 465 Abs. 3.

§ 558. **§ 558.**

Widerklagen sind nicht statthaft.

Als Beweismittel sind bezüglich der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde, sowie bezüglich anderer als der im § 555 erwähnten Thatsachen nur Urkunden und Eideszuschiebung zulässig.

§§ 261—265.

Die Antretung des Urkundenbeweises kann nur durch Vorlegung der Urkunden erfolgen.

§§ 425 Abs. 2, 426, 558 Abs. 3.

Die Leistung eines Eides ist durch Beweisbeschluß anzuordnen.

§ 437.

1. **Abs. 2.** Das Gesetz (§ 558 Abs. 2 der R. C. P. O.) bestimmt, daß im Urkundenprozesse die Antretung des Urkundenbeweises durch

Digitized by Google

Vorlegung der Urkunden zu erfolgen habe, und in den Motiven des Entwurfs ist bemerkt, hiernach sei die Antretung nach Maßgabe des § 297 der R. C. P. O. (Erhebung von Akten bei öffentlichen Behörden) ausgeschlossen; allein diese Bemerkung hat offenbar nur den Fall im Auge, wo die Akten bei anderen Behörden erst zu erheben sind; **wenn sich aber die Akten bereits in Händen des urtheilenden Gerichts befinden, so erscheint es im Sinne fraglicher Gesetzesbestimmung vollkommen statthaft, sich auf dieselben zur Beweisführung zu beziehen.** (R. G. 5. XII. 82.) A. VII. (40.) 163. R. C. VIII. (9.) 45. S. hierüber § 555 eodem.

2. **Eideszuschiebung über die Echtheit der Unterschrift des Ausstellers, auch wenn die Unterschrift durch einen Bevollmächtigten ausgeführt ist, ist zulässig.** Nach § 555 und 565 der C. P. O. wird die Zulässigkeit des Wechselprozesses dadurch bedingt, daß sämmtliche zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden. Zu den zur Begründung des Wechselanspruchs erforderlichen Thatsachen gehört auch die Behauptung, daß die betreffende Unterschrift echt sei. Die Echtheit der Unterschrift läßt sich indeß bei Privaturkunden bezw. Wechseln durch letztere nicht beweisen. Sollte die Einführung des Wechselprozesses nicht illusorisch sein, so mußte der Gesetzgeber rücksichtlich dieser Thatsache eine Modifikation jenes Satzes eintreten lassen. Diese Modifikation ist in dem § 558 Abs. 2 durch Gestattung des Eidesbeweises hinsichtlich der Echtheit gegeben. Es ist durch diese Vorschrift demnach zugelassen, daß die zum Nachweis der Echtheit einer Wechselunterschrift erforderlichen Thatsachen auf Eid gestellt werden. Damit ist aber keineswegs vorgeschrieben, daß im rechtlichen Sinn eine Unterschrift nur dann als echt anzusehen sei, wenn dieselbe eigenhändig von dem Träger des unterschriebenen Namens vollzogen ist; weder § 558 noch § 381 der C. P. O. spricht dies aus. In beiden Gesetzesvorschriften wird vielmehr der Begriff der Echtheit als bekannt vorausgesetzt. Es bewendet mithin in dieser Beziehung bei dem bestehenden Recht. Nach diesem gilt aber eine Unterschrift nicht bloß dann für echt, wenn dieselbe von dem Betreffenden eigenhändig geschrieben ist, sondern auch dann, wenn die Unterschrift von ihm „herrührt", d. h. wenn dieselbe von einer Person geschrieben worden ist, deren Handlungen der Namensunterschriebene zu vertreten hat. (Martin, bürgerl. Proz. § 207 N. e; Bayer, Civ.-Proz. zu Martin S. 206.) Demgemäß enthielt die nach den früheren Prozeßrechten in den deutschen Staaten übliche Norm des Diffessionseides in der Regel auch die Klausel, „daß die Unterschrift auch nicht in dem Auftrage des Schwörenden für ihn durch einen Andern erfolgt sei". Bezüglich der Wechselunterschriften herrschte ferner auch darüber keine Meinungsverschiedenheit, daß selbst bei einem Vollmachtsverhältniß dies letztere bei der Unterschrift nicht anzugeben sei, wenn der Bevollmächtigte nicht mit seinem Namen, sondern mit dem des Machtgebers zeichnet. (Rehbein, Komm. z. d. W. O. zu Art. 4 Nr. 29 und die dort angeführten Entsch. des R. O. H. G.) Der Wechsel entspricht in diesem Punkt den gesetzlichen Vorschriften, wenn derselbe die Unterschrift des Ausstellers enthält, ohne Rücksicht darauf, ob der Letztere schreiben kann oder nicht und ob er die Unterschrift selbst vollzogen oder durch einen Dritten für sich hat voll-

Digitized by Google

ziehen lassen. Ist eine Wechselunterschrift nach Wechselrecht unter den gedachten Voraussetzungen als echt anzusehen, so folgt daraus, daß der Echtheitsbeweis nur an diejenigen Voraussetzungen gebunden ist, unter denen ein Beweis nach der C. P. O. mittels Eideszuschiebung geführt werden darf. Insbesondere ist dieser Beweis zulässig, wenn er auf Thatsachen beruht, welche entweder in Handlungen des Schwurpflichtigen bestehen oder Gegenstand seiner Wahrnehmung sind (§ 410). Urtheil des O. L. G. zu Jena (1. Sen.) vom 16. Juni 1884, Blätter für Rechtspflege in Thüringen ꝛc. Bd. 32 S. 152 ff. S. A. XLI. bezw. XI. (79.) 120. 121.

3. Abs. 4. **Ein gesetzmäßig erhobener Eid behält auch nach Umleitung des Wechselverfahrens in das ordentliche Verfahren seine volle gesetzliche Bedeutung**, und es kann nicht aus § 562 C. P. O. abgeleitet werden, daß ein im vorhergegangenen Wechselverfahren in Folge Beschlusses des Prozeßgerichtes (§ 558 Abs. 4 C. P. O.) geleisteter Eid für das spätere Ordinarium gar keine Bedeutung hätte. Der § 562 hat zunächst den Fall zum Gegenstande, wenn im Wechselprozesse unter Vorbehalt der Ausführung der Rechte des Beklagten erkannt ist. Aber in diesem Falle verliert der im Wechselprozesse gesetzmäßig geleistete Eid die ihm im § 428 C. P. O. beigelegte Bedeutung nicht. (R. G. 22. XI. 84.) R. C. XIII. (108.) 399. 400. U. u. A. I. (114.) 182.

§ 559. **§ 559.**

Der Kläger kann, ohne daß es der Einwilligung des Beklagten bedarf, bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung von dem Urkundenprozesse in der Weise abstehen, daß der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt.

Ger. K. G. § 33. R. A. G. O. § 28.

1. **Dem Kläger steht es nicht zu, dem Gerichte anheim zu geben, ob eventuell der Prozeß in das ordentliche Verfahren übergeleitet werden solle.** Der Kläger, welcher schon in der Klage nach § 556 sich bestimmt erklären muß, daß er im Urkundenprozesse klage, kann im Laufe des Verfahrens diese vorgeschriebene bestimmte Erklärung nicht in eine ungewisse umwandeln, indem er es vom richterlichen Ermessen abhängig macht, das ordentliche Verfahren einzuleiten, wenn die Voraussetzungen des Urkundenprozesses nicht als vorhanden angenommen werden sollten; **dem entspricht es, daß nach dem bestimmten Wortlaute des § 559 der Kläger vorbehaltlos vom Urkundenprozesse abstehen muß, wenn er die Ueberleitung in das ordentliche Verfahren herbeiführen will.** (R. G. 13. V. 81.) R. C. IV. (94.) 352.

2. **Die Bestimmung des § 559 C. P. O. ist nicht von einem in der Berufungsinstanz gestellten Antrage des Klägers auf Umleitung des Verfahrens in den ordentlichen Prozeß zu verstehen.** Der Urkunden- und ordentliche Prozeß sind miteinander dergestalt verbunden, daß die Klage zwar die Rechtshängigkeit der Sache auch für den ordentlichen Prozeß begründet, daß auf dieselbe aber zunächst der Urkundenprozeß stattfindet, und dieser nur unter gegebenen Voraussetzungen in den ordentlichen Prozeß übergehen kann, insbesondere, wenn der Beklagte mit Vorbehalt verurtheilt worden ist, oder der Kläger freiwillig von dem Urkundenprozesse bei der mündlichen Verhandlung absteht — §§ 559. 562. 563 a. a. O. — Bis dahin bildet der anhängige Urkundenprozeß einen durch Beschränkung des Angriffes und der Vertheidigung gekennzeichneten besonderen Prozeß mit

Digitized by Google

vollständigem Instanzengange, in welchem Kläger definitiv und in angebrachter Art abgewiesen — § 560 — und Beklagter definitiv und mit Vorbehalt verurtheilt werden kann — § 562 —, und welcher sich zu dem bedingt an seine Stelle tretenden ordentlichen Prozeß wie das Prinzipale zum Eventualen verhält. Daher ist, wenn das Gesetz dem Kläger gestattet, bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung von dem Urkundenprozesse abzustehen, mit anderen Worten, die Klage in ihrer Qualität und Wirkung als Urkundenklage aufzugeben, eine vollständige Analogie mit der einseitigen Klagezurücknahme — § 243 a. a. O. — vorhanden und der grundsätzlichen Verbindung der beiden Prozesse dabei dadurch Rechnung getragen, daß die Klage dann als gewöhnliche Klage gilt, und selbst die bereits im Urkundenprozesse stattgefundene mündliche Verhandlung dies nicht verhindert. Dagegen kann diese Verbindung der beiden Prozesse nicht die Wirkungen eines Urtheiles aufheben, welche sich der einseitigen Klagezurücknahme entgegenstellen. Die einseitige Litisrenunziation des Klägers kann so wenig im Urkundenprozesse, wie im gewöhnlichen Prozesse — § 243 a. a. O. —, die Kraft des gegen ihn ergangenen Urtheils, und andererseits auch nicht die Berufung des Beklagten gegen das für ihn ergangene obsiegliche Urtheil beseitigen, der Berufung kann vielmehr nur der Berufungskläger entsagen — § 476 a. a. O.; der ordentliche Rechtsgang kann durch eine solche Prozeßentsagung nicht abgeschnitten werden. Hieraus schon ist zu folgern, daß dem § 559 a. a. O. nicht eine derartige extensive Bedeutung beizulegen ist. Wollte man den Kläger für befugt erklären, in der Berufungsinstanz beliebig den Urkundenprozeß aufzugeben und zu dem ordentlichen Prozesse überzugehen, so würde man dem Beklagten das Recht entziehen, das gegen ihn ohne Recht ergangene vollstreckbare (§ 562 a. a. O.) Urtheil bis dahin, wo die definitive Entscheidung in dem ordentlichen Prozesse ergeht — § 563 a. a. O. —, zu beseitigen, und man würde den Berufungsrichter nöthigen, in einer andern Prozeßart zu verhandeln und zu erkennen, als in der der erste Richter verhandelt und erkannt hat (vgl. § 499 a. a. O.); eine Prozedur, von der die Prozeßordnung keine Andeutung enthält; denn auch der § 500 Abs. 4 C. P. O. handelt nur von einer Entscheidung, die das Berufungsgericht im Urkundenprozesse zu erlassen hat. Aber es ist auch sonst aus dem Zusammenhange der Vorschriften — §§ 555—562 a. a. O. — zu entnehmen, daß § 559 nicht auf die mündliche Verhandlung späterer Instanzen bezogen werden kann. Die Bestimmungen stellen das Verfahren bis zum ersten Urtheile dar, wie sich aus dem Inhalte der §§ 562—564 hinreichend ergibt. Allerdings bleibt der Urkundenprozeß ein solcher auch für die folgenden Instanzen mit Beibehalt seiner besonderen Eigenthümlichkeiten und es finden nach § 485 a. a. O. auf das nach dem Schriftwechsel in der Berufungsinstanz eintretende weitere Verfahren die für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Zu diesen Vorschriften gehören aber nicht diejenigen, welche lediglich die Beschaffenheit, Anhängigmachung und Wirkung der Klage an den sich anschließenden vorbereitenden Schriftwechsel betreffen — §§ 230—245 a. a. O. —, dieselben behalten ihre Bedeutung für den Prozeß, sind aber für das weitere Verfahren in der Berufungsinstanz selbstver-

Digitized by Google

ständlich nicht anwendbar. Deßhalb trifft die Bezugnahme des § 485 ebensowenig den von der einseitigen Zurücknahme der Klage handelnden § 243 a. a. O. wie die analoge Vorschrift des § 559, die auch wesentlich nur von der Zurücknahme einer Klage in der durch deren doppelte Natur veranlaßten Beschränkung handelt. (R. G. 11. VI. 81.) R. C. V. (94.) 352—354. A. IV. (51.) 174. 175.

3. **Der Richter braucht einer Partei keine Belehrung über die richtige Auslegung des § 559 zu ertheilen.** (§ 130.) (R. G. 13. V. 81.) R. C. IV. (94.) 353.

§ 560. **§ 560.**

Insoweit der in der Klage geltend gemachte Anspruch an sich oder in Folge einer Einrede des Beklagten als unbegründet sich darstellt, ist der Kläger mit dem Anspruche abzuweisen.

Ist der Urkundenprozeß unstatthaft, ist insbesondere ein dem Kläger obliegender Beweis nicht mit den im Urkundenprozesse zulässigen Beweismitteln angetreten oder mit solchen Beweismitteln nicht vollständig geführt, so wird die Klage als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abgewiesen, selbst wenn in dem Termine zur mündlichen Verhandlung der Beklagte nicht erschienen ist oder der Klage nur auf Grund von Einwendungen widersprochen hat, welche rechtlich unbegründet oder im Urkundenprozesse unstatthaft sind.

1. **Wenn die Einrede der Wechselunfähigkeit für begründet erachtet wird, so ist der Kläger nicht mit dem Anspruche, sondern bloß mit der gewählten Prozeßart abzuweisen.** (R. G. 13. V. 81.) R. C. IV. (94.) 352. 353.

2. Die Klage im Urkundenprozesse begründet zwar die Rechtshängigkeit der Sache auch für den ordentlichen Prozeß, jedoch findet auf sie zunächst nur ersterer statt, und kann derselbe nur unter gegebenen Voraussetzungen in den ordentlichen Prozeß übergehen, insbesondere wenn der Beklagte mit Vorbehalt verurtheilt worden ist oder der Kläger freiwillig in der mündlichen Verhandlung mit dem Urkundenprozeß absteht. Entsch. des R. G. v. 11/8. 81.

§ 561. **§ 561.**

Einwendungen des Beklagten sind, wenn der dem Beklagten obliegende Beweis derselben nicht mit den im Urkundenprozesse zulässigen Beweismitteln angetreten oder mit solchen Beweismitteln nicht vollständig geführt ist, als im Urkundenprozesse unstatthaft zurückzuweisen.

§§ 558, 563.

Die Civilprozeßordnung verstattet dem Kläger, welcher die zur Begründung seines Anspruches auf vertretbare Sachen erforderlichen Thatsachen durch Urkunden zu beweisen vermag, den Urkundenprozeß zu wählen. Damit ist ihm der Vortheil beschleunigter Rechtshilfe insofern eingeräumt, als alle nicht sofort durch Urkunden oder Eideszuschiebung erweislichen Einwendungen des Beklagten zurückgewiesen werden (§ 561). Das verurtheilende Erkenntniß im Urkundenprozesse soll zwar dem Beklagten, welcher der Klage widersprochen hat, die Ausführung seiner Rechte vorbehalten, ist aber trotzdem hinsichtlich der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurtheil zu betrachten (§ 562) und unterliegt nur dann der späteren Aufhebung, wenn sich im ordentlichen Verfahren die Grundlosigkeit des Klaganspruches herausstellt (§ 563). Bis zur Aufhebung hat das Urtheil alle Wirkungen einer rechtskräftigen Entscheidung. Somit erscheint der Urkundenprozeß als ein selbständiges, von dem darauf

Digitized by Google

folgenden ordentlichen Prozesse durchaus getrenntes Verfahren. In dem Urkundenprozesse werden außer dem Klaganspruche nur die rechtlich unbegründeten und die im Urkundenprozesse statthaften Einwendungen des Beklagten einer sachlichen Beurtheilung unterzogen. Die übrigen Einwendungen scheiden aus; über deren Grund wird nicht erkannt. **Deßhalb kann auch der Beklagte im Urkundenprozesse daraus, daß er früher bereits eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens des im Urkundenprozesse verfolgten Anspruches anhängig gemacht hat, die Einrede der Rechtshängigkeit nicht herleiten, wenn die zur Begründung der Feststellungsklage erforderlichen Thatsachen nicht mit den im Urkundenprozesse zulässigen Beweismitteln dargethan werden können.** Gerade deßhalb, weil das Urtheil im Urkundenprozesse sich materiell nicht mit dem vorgebrachten Einwande zu befassen hat, ist der Einwand selbst für den Urkundenprozeß nicht vorhanden, der Streit, auf den der Einwand sich bezieht, zur Zeit nicht anhängig. (R. G. 16. IX. 86.) R. C. XVII. (78.) 327. 328.

Vorbehalt der Rechte.

§ 562.

§ 562.

Dem Beklagten, welcher dem geltend gemachten Anspruche widersprochen hat, ist in allen Fällen, in denen er verurtheilt wird, die Ausführung seiner Rechte vorzubehalten.

Enthält das Urtheil keinen Vorbehalt, so kann die Ergänzung des Urtheils nach Vorschrift des § 292 beantragt werden.

Das Urtheil, welches unter Vorbehalt der Rechte ergeht, ist in Betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurtheil anzusehen.

§ 648 Nr. 4. — §§ 251, 255, 563 Abs. 1.

1. **Im Urkunden- und Wechselprozeß abgeurtheilte Einreden können im Nachverfahren nicht wiederholt werden.** Aus der zwischen dem Urkundenprozeß und dem sich anschließenden ordentlichen Verfahren nach der C. P. O. bestehenden Kontinuität, der gemäß letzteres lediglich als Fortsetzung des in ersterem anhängig gemachten Rechtsstreites, das jenes abschließende unter Vorbehalt der Rechte gefällte Urtheil gegenüber dem im nachfolgenden Verfahren ergehenden Urtheil als Zwischenurtheil sich darstellt, folgt, daß das Vorbringen, welches im Urkundenprozeß der rechtlichen Beurtheilung unterzogen und nicht wegen mangelnder Beweismittel von der richterlichen Prüfung ausgeschlossen ist, im Nachverfahren zur wiederholten Entscheidung nicht verstellt werden kann. — Der Grundsatz, daß dasjenige, was im Urkundenprozeß Prozeßstoff geworden und als solcher bei der Entscheidung in Berücksichtigung gezogen ist, im Nachverfahren nicht abermals der Prüfung zu unterziehen ist, gilt nicht minder für den Berufungs- als für den Instanzrichter. Für letzteren gilt er, weil das unter Vorbehalt der Rechte gefällte Urtheil sich als Zwischenurtheil charakterisirt, er also schon deßhalb nach § 289 der C. P. O. an diese Entscheidung gebunden ist; für ersteren aber, weil jenes Urtheil in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen ist, der Beurtheilung des Berufungsgerichts also entzogen bleibt, sofern lediglich gegen das im Nachverfahren ergangene Urtheil Berufung eingelegt ist, solche Wirkung aber völlig umgangen würde, wenn das Berufungsgericht, nachdem das im Urkundenprozeß gefällte Urtheil unanfechtbar geworden, auf die Berufung gegen das im Nachverfahren ergangene Urtheil die bereits im Urkunden-

Digitized by Google

prozeß abgeurtheilten, jetzt von der Partei wiederholten Einwendungen einer abweichenden Entscheidung zu unterziehen befugt wäre, um auf diesem Wege zur Wiederaufhebung jenes zu gelangen. Urtheil des O. L. G. zu Kiel (2. Sen.) vom 17. Februar 1885. S. A. XLI. (79.) 120. 121.

2. Nach gemeinem Prozeßrechte hat das im Exekutiv- oder Wechselprozesse den Beklagten verurtheilende Erkenntniß, wenn **eine Einrede** desselben **wegen ihrer Illiquidität verworfen** worden ist, einerlei, ob ihm in dem Erkenntnisse die separate Geltendmachung dieser Einrede ausdrücklich vorbehalten ist oder nicht, nicht die Bedeutung einer definitiven Entscheidung über den Klageanspruch; dasselbe ist vielmehr immer zu verstehen als ergangen unter dem Vorbehalte, daß der Beklagte berechtigt sei, die illiquid gebliebene Einrede nachträglich im ordentlichen Prozesse weiter zu verfolgen. Die nachträgliche Verfolgung der Einrede führt insoweit zu einer abermaligen Entscheidung über den ursprünglichen Klageantrag, und es ist daher, wenn und insoweit der Beklagte jetzt mit seiner Einrede durchdringt, das ergangene Erkenntniß aufzuheben und der Kläger nunmehr mit seiner Klage abzuweisen. Die Wiederaufhebung des Erkenntnisses hat zur nothwendigen Konsequenz, daß auch die etwa bereits stattgehabte Vollstreckung desselben wieder rückgängig zu machen und der Kläger zur Rückgewährung alles dessen, was er auf Grund desselben bereits erhalten hat, zu verurtheilen ist. **Die nachträgliche Verfolgung der Einrede ist nach gemeinem Rechte an eine besondere Form nicht gebunden: sie kann daher auch im Wege einer Kompensationseinrede oder einer Widerklage ausgeführt werden. Hieraus folgt nicht bloß, daß eine gegen die Kompensationseinrede und Widerklage vorgeschützte Replik bezw. Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache unbegründet ist, sondern auch weiter, daß der Gegenanspruch des Beklagten und Widerklägers zu seiner Begründung nicht auf die civilrechtlichen Grundsätze über Kondiktionen zurückgeführt zu werden braucht.** (R. G. 24. VI. 81.) A. IV. (68.) 250. 251.

3. Die Eigenthümlichkeit des Urkundenprozesses, von dem der Wechselprozeß eine Unterart ist, besteht für den Beklagten in der durch § 558 der C. P. O. bestimmten Beschränkung der Beweismittel. Hat der Beklagte dem geltend gemachten Anspruch widersprochen, so ist ihm in allen Fällen, in welchen er verurtheilt wird, die Ausführung seiner Rechte im ordentlichen Verfahren vorzubehalten. **Nur wenn der Beklagte ein Versäumnißurtheil gegen sich hat ergehen lassen, oder wenn er den eingeklagten Anspruch anerkannt hat, erledigt das ergehende Urtheil den Rechtsstreit definitiv mit allen Wirkungen eines im ordentlichen Verfahren erlassenen Endurtheils, und es kann in diesen Fällen von einem Vorbehalt der Rechte schlechthin nicht die Rede sein. Im Uebrigen sind in Bezug auf das Verhalten des Beklagten drei Fälle zu unterscheiden, in welchen die rechtliche Bedeutung jenes Vorbehaltes je eine verschiedene ist. 1) Der Beklagte beschränkt sich darauf, dem geltend gemachten Anspruch zu widersprechen, ohne irgend welche Einrede vorzubringen.** Hier kann der Beklagte im ordentlichen Verfahren alle beliebigen Einreden vorbringen und mit allen überhaupt zulässigen Mitteln beweisen. **2) Der Beklagte schützt Einreden vor, vermag dieselben aber auf die in § 558 der C. P. O. vorgeschriebene Weise**

Digitized by Google

nicht, oder nicht vollständig zu beweisen. In diesem Fall kann er im ordentlichen Verfahren dieselben Einreden wieder und außerdem alle sonstigen Einreden vorbringen und mit allen zulässigen Beweismitteln darthun. Das Urtheil, welches mit Vorbehalt der Rechte ergeht, ist in diesem Fall an und für sich ein Zwischenurtheil, in Betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung aber als ein Endurtheil anzusehen (§ 562 Abs. 3 der C. P. O.). Es kann also der Beklagte zwar die Berufung dagegen einlegen, thut er dies aber nicht, sondern betritt sofort den Weg des ordentlichen Verfahrens, oder geschieht dies nach Verwerfung der Berufung, so wird über seine Einwendungen, auch soweit er sie bereits im Wechselprozeß vorgebracht hatte, da sie dort nur provisorisch zurückgewiesen wurden, erst jetzt, im ordentlichen Verfahren, definitiv entschieden. **Anders verhält es sich dagegen, wenn 3) der Beklagte Einreden vorbringt, welche alle oder einzeln trotz des geführten Beweises, oder abgesehen von der Beweislichkeit, als an sich (materiell) unbegründet verworfen wurden.** Zwar ergeht auch in diesem Fall das Urtheil mit Vorbehalt der Ausführung der Rechte des Beklagten. Allein der Vorbehalt erstreckt sich hier nur auf diejenigen Einreden, über welche nicht auf die bezeichnete Weise entschieden wurde. Nur in dieser Beziehung ist daher das Urtheil im Wechselprozeß ein bloßes Zwischenurtheil. Auf die als rechtlich unbegründet verworfenen Einreden kann dagegen der Beklagte im ordentlichen Verfahren nicht mehr zurückkommen. Insoweit ist daher das Urtheil ein definitives, welches den Richter, der es erlassen, schlechthin bindet, und nur auf dem Wege der Berufung abgeändert werden kann, ganz ebenso, wie das Urtheil, wodurch auf Grund des § 560 Abs. 1 der Kläger mit seinem Anspruch abgewiesen wird. Dies liegt in der Natur der Sache: denn es geht nicht an, daß von demselben Richter dieselbe Streitfrage in einem und demselben Prozeß — und materiell der gleiche Prozeß ist in diesem Fall das Verfahren im Urkundenprozeß und das sich anschließende ordentliche Verfahren — zweimal verhandelt und entschieden werde. Der Beklagte soll nur gegen Nachtheile geschützt werden, welche ihm ohne die Eröffnung des ordentlichen Verfahrens durch die Beschränkung der Beweismittel im Urkundenprozeß erwachsen könnten, keineswegs soll er aber Rechte erlangen, die überhaupt keiner Partei zustehen. Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe vom 28. Februar 1882. S. A. Bd. 37 Nr. 350 S. 474. 475.

4. **Der im Urkundenprozesse auf Widerspruch verurtheilte Beklagte ist, wenn ihm die Ausführung seiner Rechte nicht vorbehalten worden ist, nicht gezwungen, zur Erlangung des Vorbehaltes die Ergänzung des Urtheiles nach § 292 C. P. O. zu beantragen, er kann vielmehr zu diesem Zwecke auch das Urtheil im Rechtsmittelwege anfechten.** Das Recht des nach Widerspruch Verurtheilten auf den Vorbehalt ist nicht ein Haupt- oder Nebenanspruch im Sinne des § 292 C. P. O. Es gehört vielmehr zu den Vertheidigungsmitteln des Beklagten, insofern es bestimmt ist, den Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig zu erhalten und hierdurch dem Verurtheilten die Geltendmachung sämmtlicher Einwendungen zu ermöglichen. Das Recht auf den Vorbehalt ist mithin ein den zuerkannten Anspruch betreffender Streitpunkt, über welchen das Berufungsgericht nach § 499 C. P. O. zu entscheiden hat, selbst wenn über diesen Punkt in erster Instanz nicht entschieden ist. Ist gleichwohl in § 562 Abs. 2

Digitized by Google

C. P. O. zur Erlangung des Vorbehaltes der Weg des Ergänzungsurtheiles zugelassen worden, so ist dies in der Erwägung geschehen, daß es unzweckmäßig sein würde, den Verurtheilten, welcher sich der beschränkten Wirkung der im Urkundenprozesse ergangenen Verurtheilung unterwerfen will, wegen des fehlenden Vorbehaltes zur Einlegung eines Rechtsmittels zu nöthigen. Diesem Verhältnisse entspricht auch die Ausdrucksweise des § 562 Abs. 2 a. a. O. Es ist hier nicht gesagt: so kommen wegen Ergänzung des Urtheiles die Vorschriften des § 292 a. a. O. zur Anwendung, es ist vielmehr die nach der Terminologie der Civilprozeßordnung keineswegs gleichbedeutende Wendung gebraucht: so kann die Ergänzung des Urtheiles nach Vorschrift des § 292 a. a. O. beantragt werden (vgl. § 502 C. P. O.). (R. G. 7. III. 83.) R. C. X. (105.) 348. 349. A. VII. (149.) 480.

5. **Von einer materiellen Rechtskraft des im Urkundenprozesse mit Vorbehalt der Ausführung der Rechte ergehenden Urtheiles kann, wenn überhaupt, so doch keinesfalls in Ansehung solcher Einreden die Rede sein, welche dort nur wegen mißlungenen Beweises verworfen sind, und zwar auch nicht in dem Falle, wo der Kläger den etwa zugeschobenen Eid abgeleistet hat,** wie vom Reichsgerichte schon ausgeführt ist in den Entscheidungen in Civilsachen Bd. 14 S. 323 ff Eine praktische Bedeutung ist in einem Falle der letzteren Art, wie dort gleichfalls dargelegt ist, dieser Betrachtung für das ordentliche Nachverfahren freilich nur dann zuzuschreiben, wenn die in § 428 Abs. 2 C. P. O. hervorgehobenen Voraussetzungen vorliegen. Denn **allerdings behält der einmal abgeleistete Eid als solcher innerhalb desselben Prozesses auch in dem an den Urkundenprozeß sich anschließenden ordentlichen Verfahren die durch § 428 C. P. O. bestimmte Rechtswirkung.** (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 13 S. 399 ff. und Bd. 14 S. 219 ff.) — (R. G. 9. XII. 86.) R. C. XVIII. (82.) 380.

§ 563. **§ 563.**

Wird dem Beklagten die Ausführung seiner Rechte vorbehalten, so bleibt der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig

§ 500 Nr. 4.

Insoweit sich in diesem Verfahren ergibt, daß der klagend geltend gemachte Anspruch unbegründet war, ist das frühere Urtheil aufzuheben, der Kläger mit dem Anspruche abzuweisen und zur vollen oder theilweisen Erstattung der verursachten Kosten, sowie auf Antrag zur Erstattung des von dem Beklagten auf Grund des Urtheils Gezahlten oder Geleisteten zu verurtheilen.

Erscheint in diesem Verfahren eine Partei nicht, so finden die Vorschriften über das Versäumnißurtheil entsprechende Anwendung.

Ger. K. G. § 33. R. A. G. O. § 28.

1. In dem Verfahren, welches nach Beendigung des Wechsel- oder sonstigen Urkundenprozesses durch ein dem Beklagten unter Vorbehalt der Ausführung seiner Rechte verurtheilendes Erkenntniß behufs Ausführung dieser Rechte nach § 563 C. P. O. stattfindet, handelt es sich nur um die Frage, ob „der klagend geltend gemachte Anspruch unbegründet war"; **es kann daher in diesem Verfahren ein anderer Klagegrund, als der im Urkundenprozesse verfolgte, nicht geltend gemacht werden.** (Unmöglich geschehen kann es, wenn das Nachverfahren in die Berufungsinstanz gelangt

Digitized by Google

ist; § 489 C. P. O.). (R. G. 3. XI. 83.) R. C. XI. (1.) 4. S. A. Bd. 40 Nr. 162 S. 242.

2. Es ist wohl eine zweifelhafte Frage, inwieweit den Entscheidungen, welche im Urkunden- oder Wechselprozesse über solche Einwendungen ergangen sind, über welche dort verhandelt worden war, für das ordentliche Nachverfahren bindende Kraft beiwohnt; aber nichts kann sicherer sein, als **daß der Vorbehalt der Ausführung der Rechte jedenfalls alle Einwendungen umfaßt, über die im Urkunden- bezw. Wechselprozesse noch nicht entschieden worden ist, mögen sie in demselben nun schon erwähnt worden sein oder nicht.** (R. G. 29. XII. 83.) R. C. XIV. (25.) 105.

3. Nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung über das Verfahren in Bezug auf die dem Beklagten im Urkundenprozesse vorbehaltene Ausführung seiner Rechte bildet dieses einen Theil eines und desselben Verfahrens (§ 563 C. P. O.), woraus folgt, daß **alle Erklärungen der Parteien, soweit sie überhaupt in einem Prozesse von einer mündlichen Verhandlung zur anderen fortwirken, namentlich die Leistung oder Verweigerung von Eiden, auch über den Urkundenprozeß hinaus im ordentlichen Verfahren wirksam bleiben.** (R. G. 13. X. 85.) R. C. XIV. (55.) 220.

4. **Eine Einrede, welche nicht etwa wegen rechtlicher Unerheblichkeit, sondern nur wegen mißlungenen Beweises im Urkunden- oder Wechselprozesse verworfen worden ist, darf auf neue Beweismittel gestützt im Nachverfahren wiederholt werden.** So gut wie z. B. eine Einrede, deren Beweis im Urkundenprozesse vergeblich mit Urkunden versucht worden ist, bei der Ausführung der Rechte jedenfalls dann wieder geltend gemacht werden darf, wenn jetzt auch noch Zeugen als Beweismittel dafür benannt werden, um nichts weniger muß es dem Beklagten freistehen, auch auf eine Einrede zurückzukommen, deren Beweis durch Eideszuschiebung unternommen, aber verfehlt war, und jetzt andere Beweismittel dafür beizubringen, sobald nur der Fall überhaupt so angethan ist, daß nach den Grundsätzen des Eidesrechtes noch eine Beweisführung über den fraglichen Punkt stattfinden darf. (R. G. 21. XI. 83.) R. C. XIV. (89.) 323. 324.

5. **Verurtheilung unter Vorbehalt; Verhältniß dieses Urtheils zu dem über den Widerspruch des Beklagten erlassenen Urtheil, wenn letzteres vorher rechtskräftig geworden ist.** Ein Urtheil, welches auf den Vorbehalt im ordentlichen Verfahren ergeht, ist ein definitives. Wird durch dasselbe der Vorbehalt verworfen, so kann durch das Zwischenurtheil, auch wenn es dem Urtheil im ordentlichen Verfahren nachfolgt, nicht anders als bereits geschehen, über den Vorbehalt erkannt werden. Urtheil des Reichsgerichts vom 5. Februar 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 76 S. 114.

6. Aus dem Prinzip der Rechtshängigkeit des Hauptstreits mit Erhebung des Urkundenprozesses, aus dem provisorischen Charakter des Urkundenstreits und aus der Kontinuität zwischen dem Urkundenstreit und dem nachfolgenden ordentlichen Verfahren folgt für den materiellen Umfang des zur Sicherung der Rechte des widersprechenden Beklagten im § 562 der C. P. O. vorgeschriebenen Vorbehalts, daß alle Verhandlungen und Erklärungen im Urkundenprozeß auch für das fortdauernde ordentliche Verfahren bestehen und fortwirken, wie Erklärungen im ordentlichen Verfahren aus einer früheren Verhandlung fortwirken; daß Einwendungen

Digitized by Google

und Dupliken, im Urkundenprozeß erhoben, als für den ganzen Rechtsstreit erhoben gelten, und daß Einwendungen, welche in dem Urkundenprozeß wegen mangelnden Beweises verworfen wurden, mit neuen Beweisen unterstützt und auch neue Einwendungen uneingeschränkt vorgebracht werden können (Hahn, Materialien Bd. II. 1. S. 394, 395, §§ 251, 255, 561, 563 der C. P. O.). Das Verfahren im Urkundenprozeß und das nachfolgende ordentliche Prozeßverfahren sind daher nach äußerer Form und innerer Wirkung nur Abschnitte eines einheitlichen Prozesses, für welchen die Parteierklärungen und das Unterlassen von Erklärungen gemeinsam sind und in dem dem Urkundenprozeß nachfolgenden Verfahren nach Angriff und Vertheidigung ergänzt und vervollständigt werden können. Allein dieser Freiheit in der prozessualen Bewegung wird durch das Wesen des Urkundenprozesses und durch die Eigenschaft des darin ergehenden Urtheils doch in gewisser Beziehung eine nothwendige und natürliche Grenze gezogen. Der Urkundenprozeß nach dem System der C. P. O. verläuft an sich in den Formen des ordentlichen Prozesses und ist für Klage und Einrede nur beschränkt in der Liquidstellung der Ansprüche durch Urkunden und Eideszuschiebung. Soweit diese Beschränkung nicht reicht, gewährt der Urkundenprozeß Raum zum Schutz aller wesentlichen Partei-Interessen. Bei dieser dem Wesen nach freien Gestaltung des Urkundenprozesses kann auch das Resultat desselben, verkörpert durch das Urtheil, sehr verschieden sich gestalten. Es kann in dem Urkundenprozeß der Kläger, soweit sich der Anspruch an sich als unbegründet darstellt, mit dem Anspruch selbst abgewiesen werden (§ 560 Abs. 1); während die Abweisung des Klägers mit der Klage und die Zurückverweisung der Einwendungen des Beklagten nur für den Urkundenprozeß erfolgt, wenn Klage und Einreden den formalen Voraussetzungen des Urkundenstreits nicht entsprechen, und mit der verschiedenen Wirkung, daß der in der gewählten Prozeßart abgewiesene Kläger, wenn er seinen Anspruch weiter verfolgen will, von Neuem klagen muß, während die zurückgewiesenen Einwendungen des verurtheilten Beklagten zur Kognition gelangen in dem durch den Vorbehalt seiner Rechte gesicherten fortgesetzten ordentlichen Verfahren (§§ 560 Abs. 2, 561, 562, 563). Nach dieser Verschiedenheit der Gestaltung und des Resultats des Urkundenprozesses richtet sich auch das innere Wesen und die Bedeutung des im Urkundenstreit ergehenden Urtheils. Soweit es den Urkundenprozeß selbst abschließt, schafft es für den Urkundenprozeß Recht und gilt als Endurtheil; denn es gestattet die Einlegung von Rechtsmitteln und die Zwangsvollstreckung (§§ 272, 562 Abs. 3). Aber, vermöge des Prinzips der Rechtshängigkeit des Hauptstreits auch im Urkundenprozeß, ergreift es, über den Urkundenprozeß hinaus, das materielle Recht selbst, wenn der Anspruch des Klägers an sich für unbegründet befunden und abgewiesen worden ist, und steht, bei diesem Inhalt, in seiner Wirkung einem im ordentlichen Verfahren ergangenen Urtheil gleich. Eine ähnliche selbständige Natur nimmt das Urtheil im Urkundenprozeß an, wenn der Kläger in der gewählten Prozeßform abgewiesen ist (§ 560 Abs. 2). Und so steht das Urtheil im Urkundenprozeß auch nicht außer Beziehung und Einfluß auf das dem Urkundenstreit in einheitlicher Verbindung sich anschließende ordentliche Prozeßverfahren. Nach dieser Verschiedenheit des Inhalts und damit

Digitized by Google

des Wesens des Urtheils im Urkundenprozeß ist auch der Einfluß zu bemessen, welchen das Urtheil auf bestehende Rechtsverhältnisse durch das Element der Rechtskraft äußert. In wesentlicher Uebereinstimmung mit dieser Auffassung bestimmen den Umfang und den Einfluß des im Urkundenstreit ergangenen Urtheils auch die Motive (vgl. Hahn, Materialien Bd. II. 1. S. 389). **Hiernach kann es keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß das Urtheil im Urkundenprozeß für den Umfang des Vorbehalts aus § 562 und für die Begrenzung des nachfolgenden ordentlichen Prozeßverfahrens definitive, der Rechtskraft zugängliche Wirkungen hat in Ansehung aller Punkte, welche, unbeeinflußt durch die Eigenart des Urkundenprozesses, der Richter entscheiden konnte, entscheiden wollte und entschieden hat, und daß in dieser Einschränkung aus dem Urtheil im Urkundenprozeß bezüglich des nachfolgenden ordentlichen Verfahrens die Wirkungen der Rechtskraft hergeleitet werden können.** (Vgl. Wilmowsky und Levy, Komm. zur C. P. O. S. 438; Struckmann und Koch S. 484, 485; Endemann Bd. 2 S. 552, 553; Petersen Bd. 2 S. 454, 455, 459; Hellmann Bd. 2 S. 506, 524; Sarwey, Bd. 2 S. 12.) Urtheil des Reichsgerichts vom 7. Januar 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 349 S. 472—474.

7. **Auch im Nachverfahren zum Wechselprozeß bleibt die Vertheidigung des Wechselschuldners eine gemäß Art. 82 der W. O. beschränkte.** Für die Ausführung der Rechte im ordentlichen Verfahren, in welchem der Rechtsstreit anhängig bleibt (§ 563), hört die prozessuale Beschränkung auf, welche, solange im Wechselprozeß über den Klaganspruch gestritten wurde, für die Geltendmachungen von Einwendungen nach § 561 bestand. Nicht dagegen fällt für das Nachverfahren diejenige Beschränkung des Rechts der Einreden hinweg, welche nach Art. 82 der W. O. einer Wechselschuld als solcher gegenüber besteht. Diese dem materiellen Recht angehörende Bestimmung wird durch die Art des Prozeßverfahrens nicht berührt. Nur aus dem Wechselrecht selbst hervorgehende Einreden können geltend gemacht werden und solche, welche dem Wechselschuldner gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 15. Dezember 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (314.) 465. 466.

8. Das bisherige Verfahren im Wechselprozeß setzt sich ohne Veränderung der Parteirollen unmittelbar im ordentlichen Prozeß fort, und daraus folgt, was auch die Regierungsmotive deutlich besagen, **daß der Beklagte bei der vorbehaltenen Ausführung seiner Rechte nicht etwa durch das Verbot der Klagänderung in der Wahl neuer Vertheidigungsmittel beschränkt sein kann, vielmehr auch solche Einwendungen, welche in dem vorausgegangenen Urkunden- oder Wechselprozeß überall noch nicht erhoben sind, vielleicht sogar den früher erhobenen in ihrer thatsächlichen Begründung widersprechen, noch vorzuschützen befugt ist.** Urtheil des O. L. G. zu Celle vom 9. November 1880. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 168 S. 250. 251.

9. **Dem in contumaciam verurtheilten Beklagten ist im Wechselseparatum die eidliche Diffession seiner Unterschrift nicht gestattet.** S. Bd. 2 S. 431 ff., Bd. 3 S. 177 ff. und Bd. 10 S. 406 ff. der Ent-

Digitized by Google

scheidungen des R. O. H. G. Erkenntniß des Reichsgerichts vom 16. Dezember 1879. S. A. Bd. 35 bezw. 5 Nr. 257 S. 376. 377 ff.

§ 564. **§ 564.**

Die Vorschriften der §§ 502, 503 finden im Urkundenprozesse keine Anwendung.

Wechselprozeß.

Ueber die verschiedenen früheren Wechselprozesse und namentlich über das Wechselseparatum s. Fuchsberger II. Band „Das Wechselrecht", im Anhang S. 383—415 bezw. 400 ff. und I. Supplementband zum Handels- und Wechselrecht S. 235—240 bezw. 239 f.

§ 565. **§ 565.**

Werden im Urkundenprozesse Ansprüche aus Wechseln im Sinne der Wechselordnung geltend gemacht (Wechselprozeß), so kommen die nachfolgenden besonderen Vorschriften zur Anwendung.

Wechs. O. Art. 4—7, 96, 98 Nr. 1.

1. **Nach § 565 C. P. O. beziehen sich die Vorschriften über den Wechselprozeß allerdings nur auf Ansprüche, welche im Urkundenprozesse aus Wechseln im Sinne der Wechselordnung geltend gemacht werden. Unter solchen Wechseln sind aber nicht bloß inländische, den Art. 4, bezw. 96 W. O. entsprechende, sondern mit Rücksicht auf Art. 85 W. O. auch solche ausländische Wechsel zu verstehen, die zwar den Erfordernissen der Art. 4, bezw. 96 W. O. nicht entsprechen, jedoch nach den Gesetzen desjenigen Ortes, nach welchen sie in Gemäßheit des Art. 85 a. a. O. zu beurtheilen sind, als Wechsel angesehen und behandelt werden.** Denn in Art. 85, 86 W. O. werden auch solche Erklärungen als wechselmäßige vom Gesetze anerkannt. Auch scheinen die Worte **„im Sinne der Wechselordnung"** nach den Motiven zu § 565 C. P. O. lediglich **dazu bestimmt** zu sein, **die kaufmännischen Anweisungen und andere inländische Papiere, auf welche nach einzelnen deutschen Partikularrechten der Wechselprozeß ausgedehnt war, von der Geltendmachung im Wechselprozesse auszuschließen.** Da die sonstigen Materialien ebenfalls nichts Gegentheiliges ergeben, erscheint es als durchaus willkürlich und außerdem dem Bedürfnisse des Verkehrs, wie auch der früheren Praxis der Gerichte auf Grund des vor Einführung der Reichsjustizgesetze geltenden Prozeßrechtes widersprechend, wenn viele Kommentatoren der Civilprozeßordnung, z. B. Struckmann und Koch, Petersen, Hellmann, Seuffert (1. Aufl.), Bülow, Endemann und anscheinend auch Siebenhaar, den Wechselprozeß aus ausländischen Wechseln nur dann zulassen wollen, wenn diese auch den Erfordernissen der Art 4, bezw. 96 W. O. ensprechen. Für die hier vertretene Ansicht haben sich die Kommentatoren v. Wilmowsky und Levy, sowie Seuffert in der zweiten Auflage ausgesprochen. Zur Zeit der Einführung der Civilprozeßordnung war die Frage übrigens auch schon nicht unbestritten. (Vgl. Thöl, Wechselrecht 3. Aufl. § 333 bei Note 4 bis 6.) — (R. G. 28. III. 83.) R. C. IX. (123.) 437. 438.

2. **Uebergang vom Wechselprozeß in den Urkundenprozeß.** Allerdings ist der Wechselprozeß nur für Wechsel bestimmt (§ 565 der C. P. O.); der Kläger kann aber eine Forderung, welche er als Wechselforderung geltend machen will, auch noch als Forderung aus einer vom Beklagten angenommenen Anweisung, ohne daß darin eine Klagänderung liegt, geltend

Digitized by Google

machen. Der Wechselprozeß liegt vor, wenn im Urkundenprozeß Ansprüche aus Wechseln erhoben werden (§ 565); es kommen dann nur die besonderen Vorschriften der §§ 566, 567 zur Anwendung, im Uebrigen die über den Urkundenprozeß; der Wechselprozeß ist also eine Art des Urkundenprozesses und der Kläger darf damit, daß er vom Wechselprozeß zum Urkundenprozeß übergeht, erklären, daß er die Anwendung jener besonderen Vorschriften ablehne und deren Nichtanwendung erbitte. Beklagter ist auch dadurch in seiner Vertheidigung in keiner Weise beschränkt. Urtheil des Reichsgerichts vom 12. Juni 1886. Frankf. Rundschau 1886 S. 204. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 170 S. 235. 236.

3. **Zulässigkeit des Wechselprozesses für Klagen auf Sicherstellung.** Es könnte nach der Fassung des § 565 der C. P. O. erscheinen, daß der Wechselprozeß als eine Unterart des Urkundenprozesses nicht bloß rücksichtlich des Verfahrens, sondern auch rücksichtlich der Voraussetzungen seiner Zulässigkeit den für den Urkundenprozeß gegebenen Vorschriften, also den Vorschriften nicht bloß der §§ 556 bis 564, sondern auch des § 555 der C. P. O. unterliege, daß somit nur solche Ansprüche aus Wechseln, welche die Zahlung einer bestimmten Geldsumme zum Gegenstand haben, im Wechselprozeß geltend gemacht werden könnten. Allein durch die Entstehungsgeschichte des § 565 ist klar gestellt, daß durch diesen Paragraphen nur rücksichtlich des Verfahrens die für den Urkundenprozeß gegebenen Vorschriften auf den Wechselprozeß für anwendbar erklärt werden sollten, daß aber der Wechselprozeß für Ansprüche aus Wechseln im Sinne der W. O. überhaupt ohne Unterschied, ob der Anspruch auf Zahlung oder auf Sicherstellung gerichtet ist, eingeräumt werden sollte. Dieser Wille des Gesetzgebers ist auch in § 565 dadurch zum Ausdruck gekommen, daß als Gegenstand des Wechselprozesses „Ansprüche aus Wechseln im Sinn der Wechselordnung" allgemein und ohne Einschränkung bezeichnet sind. Hierzu kommt die Bestimmung des § 13 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur C. P. O., wonach die prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze (also auch die der Art. 26 und 29 der W. O.) durch die C. P. O. nicht berührt werden (vgl. Amsberg in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 24 S. 329 ff.). Erk. des O. L. G. zu Stuttgart vom 14. Juli 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 350 S. 476.

4. **Nach Erweis der Wuchereinrede im Wechselprozesse kann der Kläger** (Wucherer) **den wirklich gezahlten Theil der Valuta,** auf die er gemäß Art. 3 Abs. 4 des Wuchergesetzes Anspruch hätte, **im Wechsel- und Urkundenprozeß nicht mehr fordern, sondern ist vollständig abzuweisen** (§§ 565, 556, 560 der R. C. P. O.). — (R. G. 3. III. 83.) A. VII. (136.) 459. (R. G. VIII. (24.) 96).

5. **Ein Anspruch aus der ehemännlichen Genehmigung einer Wechselschuld gegen den Ehemann, mag auch diese Genehmigung auf der Wechselurkunde selbst erfolgt sein, ist kein Anspruch aus einem Wechsel im Sinne des § 565 der R. C. P. O. und kann deßhalb auch nicht im Wechselprozesse verfolgt werden.** Im Gegensatze zu Ansprüchen, welche durch eine Urkunde bewiesen werden — § 555 der R. C. P. O. — setzt der § 565 Ansprüche aus wechselmäßigen Verpflichtungen voraus. (Vergl. Entsch. des R. O. H. G. Bd. 19 S. 208.) — (R. G. 22. XII. 83.) A. IX. (68.) 342.

Digitized by Google

§ 566. **§ 566.**

Wechselklagen können sowohl bei dem Gerichte des Zahlungsorts als bei dem Gericht angestellt werden, bei welchem der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Wenn mehrere Wechselverpflichtete gemeinschaftlich verklagt werden, so ist außer dem Gerichte des Zahlungsorts jedes Gericht zuständig, bei welchem einer der Beklagten seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

G. V. G. § 23. §§ 101 Nr. 2, 102.

§ 567. **§ 567.**

Die Klage muß die Erklärung enthalten, daß im Wechselprozesse geklagt werde.

Die Einlassungsfrist beträgt, wenn die Klage am Sitze des Gerichts zugestellt wird, mindestens vier und zwanzig Stunden; wenn sie an einem anderen Orte im Bezirke des Gerichts zugestellt wird, mindestens 3 Tage; wenn sie an einem anderen deutschen Orte zugestellt wird, mindestens eine Woche.

§ 234. — § 648 Nr. 4.

In eine nach Stunden bestimmte Frist sind die auf einen Sonn- oder Festtag fallenden Stunden nicht einzurechnen. Beschluß des O. L. G. zu Hamburg vom 13. März 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (233.) 363. S. hierüber bei § 200 eodem.

Sechstes Buch.

Ehesachen und Entmündigungssachen.

Erster Abschnitt.

Verfahren in Ehesachen.

Gerichtsstand.

§ 568. **§ 568.**

Für die Rechtsstreitigkeiten, welche die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe oder die Herstellung des ehelichen Lebens zum Gegenstande haben (Ehesachen), ist das Landgericht, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ausschließlich zuständig.

Gegen den Ehemann, welcher seine Frau verlassen und seinen Wohnsitz nur im Auslande hat, kann von der Ehefrau die Klage bei dem Landgerichte seines letzten Wohnsitzes im Deutschen Reiche erhoben werden, sofern der Beklagte zur Zeit, als er die Klägerin verließ, ein Deutscher war.

§ 592. A. L. R. II. I. §§ 933 ff., 945 f., 973. St. G. B. § 171. Personenstands-G. vom 16/2. 75. §§ 28—35, 48, 77. (§ 78 Abs. 3 durch E. G. z. C. P. O. § 13 aufgehoben) — §§ 774 Abs. 2, 779 Abs. 2. Code civ. art. 177, 178. E. G. z. C. P. O. §§ 15 Nr. 5, 16 Nr. 5—8. Die geistliche Gerichtsbarkeit ist durch das Reichs-Ehe-G. § 76 u. G. V. G. § 15 aufgehoben.

1. **Abs. 1. Die §§ 568—582 behandeln, soweit nicht einzelne Vorschriften sich ihrem Inhalte nach lediglich auf die erste Instanz beziehen können, das Verfahren beider Instanzen.** R. G. 28. XI. 82. S. hierüber bei § 574 ad R. C. VIII. (98.) 350—352.

2. **Die für die Ehescheidung geltenden, auf der sittlichen Natur der Ehe beruhenden Rechtsnormen haben einen streng positiven Charakter. Daraus folgt, daß sie durch Verträge der Parteien nicht abgeändert werden können, und daß der über die Ehescheidung urtheilende Richter nur das**

Digitized by Google

Gesetz seines Landes befolgen darf, daß das Recht anzuwenden ist, welches im Bezirke des für die Ehescheidungsklage zuständigen Gerichtes Geltung hat und unter dessen Herrschaft die Ehe zu der Zeit steht, wo deren Trennung klagend beantragt wird, also des Gerichts, welches nach § 568 C. P. O. für die Ehescheidungsklage ausschließlich zuständig ist. (R. G. 19. VI. 83.) R. C. IX. (48.) 192.

3. Auch eine auf die Ungültigkeitserklärung einer Ehe gerichtete Klage kann als **Feststellungsklage** (§ 231) erhoben werden, jedoch unterliegt sie in prozessualer Hinsicht den Formvorschriften der §§ 568—585. Die Vorschrift des Eheprozesses, daß vermögensrechtliche Ansprüche mit denen des Eheprozesses nicht verbunden werden dürfen (§§ 575, 578), hat keine Anwendung auf diese Präjudizialklagen. Die Reassumtion der Nullitätsklage durch die Erben ist zulässig. Entsch. v. 21./6. 82.

4. **Der § 568 C. P. O. regelt die Zuständigkeit der Gerichte im Deutschen Reiche für Ehesachen.** Der erste Absatz des § 568 enthält die betreffende Norm für die Fälle, in denen der Ehemann einen allgemeinen Gerichtsstand im deutschen Reiche hat, der zweite Absatz für die Fälle, in denen der Ehemann keinen allgemeinen Gerichtsstand im deutschen Reiche hat. (R. G. 9. VI. 83.) R. C. IX. (116.) 396. A. VIII. (65.) 254.

5. **Durch die Zulassung der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens hat die R. C. P. O. Landesrechte und Partikularrechte** (z. B. das jüdische Eherecht), **welche diese Klage nicht oder beschränkt zulassen, nicht aufgehoben, sondern nur prozessuale Normen für den Fall der Zulässigkeit aufgestellt.** (R. G. 25. X. 81.) A. IV. (147.) 518.

6. **Was § 568 über den Gerichtsstand bestimmt, gilt mit wenigen Ausnahmen sowohl für die Angehörigen des Deutschen Reichs, wie für Ausländer.** Auch die Parteistellung begründet keinen Unterschied (Motive zu § 12 des Entwurfes S. 409). Daß namentlich in Ehesachen Ausländer vor deutschen Gerichten Recht suchen dürfen und Recht nehmen müssen, wird in § 568 C. P. O. unzweideutig anerkannt. Der erste Absatz des § 568 weist die Ehesachen vor das Landgericht, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Von der Staatsangehörigkeit ist dabei die Rechtsschutzgewährung nicht abhängig gemacht. Auch Ausländer können in Deutschland einen allgemeinen Gerichtsstand haben (§§ 13 und 18 C. P. O.; Motive zu § 13 S. 410). Der zweite Absatz des § 568 hingegen eröffnet für einen besonderen Fall (wenn der Ehemann, nachdem er die Frau verlassen, im Auslande wohnt) den Klagen der Ehefrau einen Gerichtsstand bei dem Landgerichte des letzten ehemännlichen Wohnsitzes im deutschen Reiche unter der Voraussetzung, daß der Ehemann zur Zeit, als er die Ehefrau verließ, ein Deutscher war. In diesem Einzelfalle soll also die Staatsangehörigkeit die Zulässigkeit der Klaganstellung vor deutschen Gerichten bestimmen; eine Ausnahme, die nur anderweit bestätigt, daß es bei den in Abs. 1 vorgesehenen Fällen auf die Staatsangehörigkeit der Parteien nicht ankommt. Nun sind aber nach Abs. 1 zu den vor deutschen Gerichten auszutragenden Ehesachen Rechtsstreitigkeiten zu rechnen, welche die Trennung einer Ehe zum Gegenstande haben; und nach § 592 C. P. O. ist unter Ehescheidungsklage (Ehetrennung) nur begriffen die Klage auf Auflösung des Bandes, der

Digitized by Google

Ehe und die Klage auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett. Der Entwurf (§ 567) zählte dahin auch die Klage auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett. Die einschlagenden Worte wurden jedoch von der Justizkommission des Reichstages gestrichen und zwar, wie das Protokoll vom 26. Mai 1875 (S. 300) besagt, „gemäß § 77 des Reichscivilehegesetzes", welches inmittelst verkündet war. Hierdurch ist jeder Zweifel darüber gehoben, daß **deutsche Gerichte Klagen auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett überhaupt nicht zulassen dürfen, selbst gegen Ausländer nicht.** Die C. P. O. kann daher insoweit als eine erneuerte Kundgebung des hierauf gerichteten gesetzgeberischen Willens betrachtet werden. Im Deutschen Reiche würde es jetzt gänzlich sowohl an einem Gerichtsstande, als an einem Verfahren für solche Klagen mangeln. So wenig, als einem ausdrücklichen Klageantrage auf beständige Trennung von Tisch und Bett stattzugeben wäre, kann im Klageantrag auf Scheidung vom Bande, stillschweigend den Antrag auf dauernde Trennung von Tisch und Bett als das Mindere in sich schließen. Sollten Ausländer, deren Heimathsrecht gegebenen Falles die Scheidung vom Bande verweigert, nicht nach § 77 beurtheilt werden, so bliebe nichts übrig, als die Klage auf Scheidung zurückzuweisen. Das aber würde auf eine Versagung der Rechtshilfe hinauskommen, sachlich einer Klageabweisung wegen Unzuständigkeit des Gerichts gleichstehen, einen Ehegatten, der mit einer Klage vor dem ausländischen Gerichte nicht gehört wird, völlig rechtlos machen und dem Grundsatze der C. P. O. zuwider sein, daß auch Ausländer vor deutschen Gerichten Rechtsschutz genießen sollen. In Festhaltung dieses Satzes **muß mithin dem Ausländer, dafern nur sonst die Bedingungen vorhanden sind, unter denen die Gesetze seines Staates eine Aufhebung des ehelichen Zusammenlebens zulassen, in dem gleichen Umfange Rechtshilfe zu Theil werden, wie dem Inländer.** (R. G. 4. I. 81.) R. C. III. (14.) 31—33. A. III. (55.) 212—214. (R. G. 22. IV. 84 in R. C. XI. (9.) 29 und R. G. 9. VI. 83 in R. C. IX. (116.) 410).

7. **Gerichtsstand des Ehemannes für eine gegen ihn anzustellende Ehescheidungsklage wegen böslicher Verlassung, ist unter gegebenen anderen Voraussetzungen der letzte Wohnsitz desselben.** (§ 18 und 568 Abs. 2 der R. C. P. O.) Entsch. des O. L. G. zu Jena vom 21. Februar 1883. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 283 S. 365, 366.

8. **Eine Klage des Ehemanns wider seine von ihm getrennt lebende Ehefrau auf eheliche Folge bezw. auf Herstellung des ehelichen Lebens ist zulässig. Dieser Klage können solche Thatumstände entgegengehalten werden, welche geeignet sind, das zeitweilige Wegbleiben der beklagten Ehefrau zu rechtfertigen. Die Klagabweisung auf Grund solcher Thatsachen schließt nicht aus, daß der Kläger unter veränderten Verhältnissen seine Klage erneuern kann. Revisibilität in Ehesachen.** (R. G. 8. XI. 81.) R. C. VI. (37.) 149—152.

9. **Aus der Entfernung eines Ehemannes von seiner Frau und Familie folgt noch nicht dessen Absicht, sein bisheriges Domizil aufzugeben.** (R. G. 2. III. 83.) A. VII. (153.) 487, 488.

10. **Auch für Ehesachen kann es einen mehrfachen allgemeinen Gerichtsstand des Wohnsitzes geben.** Es wird dies in der R. C. P. O.

Digitized by Google

selbst § 568 Abs. 2 mit dem Worte „nur" ausdrücklich anerkannt. (R. G. 2. III. 83.) A. VII. (153.) 487.

11. **Der Kläger hat mehr, als das Vorhandensein des Ungültigkeitsgrundes zur Zeit der Eingehung der Ehe nicht zu beweisen. Wenn Beklagte behauptet, daß Kläger nach erlangter Kenntniß des Ungültigkeitsgrundes die Ehe mit ihr fortgesetzt habe, so erscheint dies Vorbringen als die Einrede des Verzichts auf Anfechtung der Ehe, dessen Begründung und Nachweisung der Beklagten obliegt.** (R. G. 29. XII. 82.) A. VIII. (59.) 186, 187.

12. Ueber den **Gerichtsstand der Landesherrn in Ehesachen** sh. (R. G. 12. XII. 84.) R. C. XII. (125.) 417—434 insbesondere 431—433. Bei dem untrennbaren Zusammenhange, in welchem die Familienverhältnisse des Staatsoberhauptes mit dessen Person stehen, kann eine Ehesache desselben nur einheitlich entschieden werden. Und, da **für Klagen gegen die Ehefrau wegen Trennung der Ehe nach § 568 C. P. O. immer nur dasjenige Gericht zuständig ist, welches für solche Klagen gegen den Ehemann kompetent erscheint, so kann auch für die Gemahlin des Landesherrn ein Gerichtsstand durch landesherrliche Entschließung begründet werden.** (R. G. 12. XII. 84.) R. C. XII. (125.) 433 ff.

13. Die Frage, ob der jüdischen Ehefrau auf Grund eines unheilbaren Wahnsinnes ihres Ehemannes ein berechtigter Scheidungsgrund zur Seite steht, ist gemäß Art. 2 des Gesetzes vom 29. Juni 1851, die bürgerlichen Rechte der israelitischen Glaubensgenossen betr., nach denjenigen besonderen Gesetzen zu beurtheilen, welche mit der Religion derselben unzertrennbar zusammenhängen, und hat an dieser gesetzlichen Bestimmung das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes nichts geändert. (Staudinger, Einführung norddeutscher Justizgesetze in Bayern, Abth. 2 S. 189, 195; Blätter für Rechtsanwendung Bd. 40 S. 560; Hauser, Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht Bd. 3 S. 213.) Es ist sonach die obige Frage nach jüdischem Eherechte zu entscheiden. **Nach jüdischem Rechte ist aber unheilbarer Wahnsinn des Ehemannes ein Scheidungsgrund für die Frau.** (B. O. L. 29. XI. 81.) S. IX. (121.) 376—382.

14. **Abs. 2. Es ist keine wesentliche Voraussetzung des im § 568 Abs. 2 C. P. O. bestimmten Gerichtsstandes, daß die Eheleute innerhalb des Deutschen Reiches ein Ehedomizil gehabt haben, oder daß der Ehemann seine Frau im Deutschen Reiche verlassen hat.** Nach ihrem unzweideutigen Wortlaute knüpft diese Gesetzesstelle die Befugniß der Ehefrau gegen ihren Ehemann, obwohl derselbe einen Wohnsitz nur im Auslande hat, in einer Ehesache vor dem gekennzeichneten Gerichte im Deutschen Reiche zu erheben, nur an folgende Voraussetzungen: a) der Beklagte muß seine Ehefrau zu einer Zeit, in welcher er ein Deutscher war, verlassen haben; b) derselbe muß einen Wohnsitz im Deutschen Reiche gehabt haben. Als dasjenige Gericht, bei welchem die Ehefrau unter diesen Voraussetzungen die Klage erheben kann, ist dasjenige Landgericht bezeichnet, in dessen Bezirke derjenige Ort liegt, in welchem der Beklagte seinen letzten Wohnsitz im Deutschen Reiche gehabt hat. S. hierüber (R. G. 9. VI. 83.) R. C. IX. (116.) 394—410. A. VIII. (65.) 253. (R. C. III. (14.) 27 ff.)

Digitized by Google

15. **Der § 568 Abs. 2 bezieht sich nicht bloß auf Ehescheidungsklagen wegen böslicher Verlassung, sondern auf alle Klagen in Ehesachen, also auf Ehescheidungsklagen aus jedem in dem maßgebenden Eherechte der Ehefrau gegebenen Scheidungsgrunde, sowie auf Klagen, welche die Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe zum Gegenstande haben, insoweit solche Klagen überhaupt der Ehefrau zustehen. Daraus folgt aber nur, daß der Gesetzgeber in § 568 Abs. 2 das Verlassen nicht als Klagegrund, sondern als Kompetenzthatsache hingestellt hat,** daß er die Zuständigkeit des deutschen Gerichtes für Klagen der Ehefrauen in Ehesachen, wenn der beklagte Ehemann seinen Wohnsitz nur im Auslande hat, dann eintreten läßt, wenn die Ehefrau eine verlassene Ehefrau ist, sie verlassen wurde, als ihr Ehemann ein Deutscher war, und der Beklagte einmal einen Wohnsitz im Deutschen Reiche gehabt hat. (R. G. 9. VI. 83.) R. C. IX. (116.) 400. A. VIII. (65.) 257. 258.

16. **Der Rechtsschutz des § 568 Abs. 2 ist nur der von ihrem Ehemanne verlassenen Ehefrau und nicht beiden Eheleuten verliehen.** Der Ehemann besitzt die Möglichkeit, ohne Mitwirkung der Ehefrau den Gerichtsstand der Ehesache im Deutschen Reiche zu erzeugen, indem er seinen Wohnsitz im Auslande aufgibt und denselben im Deutschen Reiche nimmt. Die Ehefrau kann ohne Mitwirkung des Ehemanns diesen Weg der Hilfe nicht herbeiführen. Die Ehefrau befindet sich also (unter den angegebenen Voraussetzungen) in einer peinlicheren Nothlage als der Ehemann und zur Abhilfe gegen die peinlichste Nothlage ist die Gesetzesbestimmung des § 568 Abs. 2 C. P. O. gegeben. (R. G. 9. VI. 83.) R. C. IX. (116.) 404. A. VIII. (65.) 261.

17. **Unzuständigkeit deutscher Gerichte in Ehesachen gegen solche Franzosen, die nicht originaires des territoires cédés im Sinne des Art. 2 des Frankfurter Friedens waren und in Frankreich leben.** (R. G. 8. I. 84.) A. IX. (63.) 330. 331.

Staatsanwaltschaft.

§ 569. **§ 569.**

In Ehesachen ist die Staatsanwaltschaft zur Mitwirkung befugt.

Der Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte, sowie vor einem beauftragten oder ersuchten Richter kann der Staatsanwalt beiwohnen. Er ist von allen Terminen von Amtswegen in Kenntniß zu setzen.

Er kann sich über die zu erlassende Entscheidung gutachtlich äußern und, sofern es sich um die Aufrechterhaltung einer Ehe handelt, neue Thatsachen und Beweismittel vorbringen.

Im Sitzungsprotokoll ist der Name des Staatsanwalts anzugeben, auch sind in dasselbe die von dem Staatsanwalte gestellten Anträge aufzunehmen.

§ 146.

Die Staatsanwaltschaft bedarf nicht der Zuziehung eines Rechtsanwaltes. (B. O. L. 31. I. 85.) S. hierüber bei § 607 S. XI. (11.) 28—30.

Sühneversuch.

§ 570. **§ 570.**

Der Vorsitzende darf den Termin zur mündlichen Verhandlung über eine Ehescheidungsklage oder über eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erst festsetzen, wenn den nachfolgenden Vorschriften über den Sühneversuch genügt ist.

Digitized by Google

Ist der Sühnetermin den Vorschriften der §§ 570 ff. zuwider unterblieben, so kann das Gericht diesen Mangel in Ausübung der ihm aus § 268 zustehenden Befugniß durch einen nachträglichen Versuch der gütlichen Beilegung des Rechtsstreites ausgleichen. (R. G. 15. III. 87.) R. C. XVIII. (77.) 364.

§ 571. § 571.

Der Kläger hat bei dem Amtsgerichte, vor welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, die Anberaumung eines Sühnetermins zu beantragen und zu diesem Termine den Beklagten zu laden.

Durch die Zustellung der Ladung wird die Verjährung unterbrochen.

§ 191 ff.

1. **Der § 571 Abs. 1 bestimmt nicht, daß der Sühnetermin bei demjenigen Amtsgerichte stattzufinden habe, bei welchem der Ehemann im Zeitpunkte der Klageerhebung seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.** Wie überhaupt die Zuständigkeit eines Gerichtes dadurch gegeben wird, daß die Voraussetzungen derselben im Zeitpunkte der Anrufung des Gerichtes vorhanden sind, so **kann auch** die Vorschrift des § 571 a. a. O., daß der Kläger die Anberaumung des Sühnetermins bei demjenigen Amtsgerichte zu beantragen hat, „bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat", nur **von dem Amtsgerichte verstanden werden, bei welchem der Ehemann im Zeitpunkte der Erhebung dieses Antrages seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.** Eine Wiederholung des vor dem zuständigen Amtsgerichte erfolglos abgehaltenen Sühnetermines kann — gleichviel, ob seitdem eine Veränderung des ehelichen Wohnsitzes stattgefunden hat oder nicht — nur dann für geboten erachtet werden, wenn seitdem bereits eine so lange Zeit verstrichen ist, daß die Erfolglosigkeit des Sühnetermins nicht mehr als Beweis einer noch im Zeitpunkte der Klagerhebung vorhandenen Unversöhnlichkeit der Parteien betrachtet werden kann. (R. G. 15. III. 87.) R. C. XVIII. (77.) 364. 365.

2. **Der Gebührensatz für das Sühneverfahren** (§ 37 der Geb.-Ord. vom 7. Juli 1879) **ist nur in Amtsgerichtssachen auf die Prozeßgebühr anzurechnen, also in Ehesachen neben der Prozeßgebühr** (§ 9) **zulässig** (§ 568 der R. C. P. O.). Die Mitwirkung eines Rechtsanwalts bei einem der Ehescheidungsklage nach der C. P. O. § 571 vorausgehenden Sühneverfahren gehört nach der Gebühren-Ordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 §§ 13 und 29 keineswegs zu der nach § 9 zu vergütenden Gesammtthätigkeit eines Rechtsanwaltes, sondern ist nach § 37 mit einem besonderen Gebührensatz bedacht und ist dieser nur im Falle der Verhandlung des Rechtsstreits vor dem Amtsgericht auf die Prozeßgebühr anzurechnen. (R. G. 18. V. 83.) A. VIII. (21.) 88. 89.

§ 572. § 572.

Die Parteien müssen in dem Sühnetermine persönlich erscheinen; Beistände können zurückgewiesen werden.

Erscheint der Kläger oder erscheinen beide Parteien in dem Sühnetermin nicht, so verliert die Ladung ihre Wirkung. Erscheint der Kläger, aber nicht der Beklagte, so ist der Sühneversuch als mißlungen anzusehen.

§ 573. § 573.

Der Sühneversuch ist nicht erforderlich, wenn der Aufenthalt des Beklagten unbekannt oder im Auslande ist, wenn dem Sühneversuche ein anderes schwer zu beseitigendes Hinderniß entgegensteht, welches von dem Kläger nicht verschuldet ist, oder wenn die Erfolglosigkeit des Sühneversuchs mit Bestimmtheit vorauszusehen ist.

Digitized by Google

Ueber das Vorhandensein dieser Voraussetzungen entscheidet der Vorsitzende des Landgerichts ohne vorgängiges Gehör des Beklagten.

Abs. 2. Ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Vorsitzenden nach § 573 Abs. 2 findet nicht statt. Das erkennende Gericht ist nicht berechtigt, das Verfahren seines Vorsitzenden in dieser Hinsicht seiner Nachprüfung zu unterziehen und eine Ehescheidungsklage aus dem Grunde zurückzuweisen, weil seiner Meinung nach den Vorschriften über den vorgängigen Sühneversuch nicht Genüge geschehen sei. (R. G. 15. III. 87.) R. C. XVIII. (77.) 364. (S. auch R. G. 23. II. 82.)

Häufung der Klagegründe.

§ 574. **§ 574.**

Bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, können andere als die in der Klage vorgebrachten Klagegründe geltend gemacht werden.

Das neue Vorbringen und die Erhebung einer Widerklage ist von einem Sühneversuche nicht abhängig.

§ 235 Nr. 3, 240.

1. **Im Eheprozeß ist eine Aenderung des Klageantrages zulässig.** Wenn unter „Klaggründen" im § 574 nur Gründe für die angestellte Klage zu verstehen wären, so würde diese Bestimmung allerdings nur die Geltendmachung einer weiteren thatsächlichen Begründung der ursprünglichen Klage verstatten. Es können aber unter jenen „Klaggründen" auch solche weiteren thatsächlichen Gründe, auf welche überhaupt ein Eheprozeß gestützt werden kann, also alle Gründe irgend einer, im Sinne der C. P. O. als Ehesache aufzufassenden, Rechtsstreitigkeit verstanden werden. Für diese letztere Auffassung spricht der, nach den Motiven der C. P. O. den §§ 574, 575, 576 zu Grunde liegende Zweck, einer Vervielfältigung der Eheprozesse entgegenzutreten. Ferner werden im § 576 die Thatsachen, welche der Kläger in dem früheren Rechtsstreit (§ 574) und diejenigen, welche er durch Verbindung der Klagen hätte geltend machen können (§ 575), zusammengestellt und hinsichtlich beider bemerkt, daß er solche Thatsachen später nicht mehr als einen selbständigen Klaggrund geltend machen könne. Diese Zusammenstellung der in den §§ 574 und 575 gedachten Klaggründe spricht dafür, daß beide in dem nämlichen Sinn und Umfang zu verstehen sind. Wie nun unter den Klaggründen des § 575, nach dem klaren Sinn dieser Bestimmung, auch solche zu verstehen sind, welche auf von einander abweichende Anträge von eheprozeßlichen Klagen gerichtet sind, so muß angenommen werden, daß eine gleiche Bedeutung den im § 574 gedachten Klaggründen innewohne. Noch entscheidender ist der Abs. 2 des § 574, welcher bestimmt, daß nicht bloß für die Widerklage, sondern auch für das neue Vorbringen des Klägers ein abermaliger Sühneversuch nicht nöthig sei. Dies wäre selbstverständlich und brauchte nicht ausdrücklich bestimmt zu werden, wenn unter dem zulässigen neuen Vorbringen des Klägers nur eine weitere Begründung seines ursprünglichen Klagantrags zu verstehen wäre. Durchschlagend ist sodann auch folgender Passus in den Motiven der C. P. O.: „Die Vorschrift des § 574 Abs. 2 ist eine Konsequenz des dem Gesetz zu Grunde liegenden Gedankens, daß durch die Erhebung einer Ehescheidungsklage oder einer Ungültigkeitsklage alle causae separationis als in judicium

Digitized by Google

deduzirt anzusehen sind." Hiermit wird geradezu anerkannt, daß, wenn eine auf Trennung oder Auflösung der Ehe gerichtete Klage angestellt war, der Kläger oder der Beklagte im Verlauf des Prozesses auch andere diesen Zweck verfolgende Klaganträge stellen kann. Daß dieser Grundsatz ebenfalls dann Anwendung findet, wenn der Kläger auf Trennung der Ehe von Tisch und Bett geklagt hatte, ist um so weniger zweifelhaft als auch eine solche Klage als Ehescheidungsklage im Sinne des betr. Abschnitts der C. P. O. aufzufassen ist (§ 592). Urtheil des hanseatischen O. L. G. zu Hamburg vom 25. Februar 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 274 S. 375—376.

2. **Bei Klagen auf Ehescheidung auf Grund wechselseitiger Einwilligung** (§ 716 Thl. II Tit. 1 des Preuß. Allgem. L. R.) **ist in Preußen der von dem beklagten Ehegatten konform mit dem klägerischen gestellte Antrag** („die Ehe der Parteien zu trennen und keinen für überwiegend schuldig zu erklären") **als Widerklage aufzufassen.** (§§ 33, 483, 574, 575, 587 der R. C. P. O.) — (R. G. 10. III. 84.) A. X. (26.) 92 ff.

3. **Die Ehescheidungsklage kann in 2. Instanz nicht neu erhoben werden, wenn in 1. Instanz nur auf Herstellung des ehelichen Lebens geklagt war.** Der § 491 Abs. 2 kann im Verfahren in Ehesachen nur eine beschränkte Geltung haben. Der § 574 Abs. 1 gestattet, andere als die in der Klage vorgebrachten Klaggründe bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend zu machen, und es darf als feststehend angesehen werden, daß diese Bestimmung auch in der Ber.-Instanz wirkt, also die Regel des § 489 durchbricht. Zwar spricht der § 574 Abs. 1 nur von anderen Klaggründen, nicht von anderen Klagansprüchen, und der § 575, welcher von der Verbindung verschiedener Klagen im Verfahren in Ehesachen handelt, spricht sich im Unterschied von dem § 1087 des nordd. Entw., nach welchem die Klagverbindung wie das Vorbringen neuer Klaggründe bis zur Erlassung des Endurtheils (§ 1089) und zwar nach S. 2201 der Prot. auch des Endurtheils in der Ber.-Instanz zulässig sein sollte, nicht darüber aus, bis zu welchem Zeitpunkt die bezeichneten Klagen sollen verbunden werden können. Es erscheint jedoch unabweislich, die in § 574 Abs. 1 bezeichnete Zeitgrenze für die Nachholung von Klaggründen auch auf die in § 575 zugelassene Klagenverbindung wenigstens insoweit anzuwenden, als die in § 576 statuirte Präklusivwirkung reicht. Denn nach § 576 wird der mit der Ehescheidungs- oder Ungültigkeitsklage abgewiesene Kläger nicht bloß mit Klagegründen für die abgewiesene Klage, die er in dem Rechtsstreit hätte geltend machen können, sondern auch mit solchen Thatsachen für einen späteren Rechtsstreit ausgeschlossen, welche er mittels der in § 575 zugelassenen Verbindung einer anderen Klage mit der abgewiesenen geltend zu machen in der Lage gewesen wäre; und es kann nicht vermuthet werden und ist durch die Entstehungsgeschichte der §§ 574—576 keineswegs angezeigt, daß das Gesetz die dem ordentlichen Prozeß fremde Präklusivbestimmung des § 576 im Eheprozeß habe statuiren wollen, ohne gleichzeitig die im § 576 gelegene Härte durch eine der Bestimmung des § 574 korrespondirende Ausdehnung der Möglichkeit der Erhebung neuer Ansprüche im Eheprozeß bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung in der Ber.-Instanz zu mildern. Es darf vielmehr behauptet werden,

Digitized by Google

daß das Gesetz schon dadurch, daß es im § 576 die Nachbringung weiterer Klaggründe und die Klagverbindung neben einander aufführt und gleichheitlich behandelt, der Absicht hinreichend Ausdruck gegeben habe, auch die Zeitbestimmung des § 574 insoweit auf die Fälle des § 575 zur Anwendung kommen zu lassen, als beide Fälle im § 576 eine gleichmäßige Behandlung erfahren haben. (Entsch. des R. G. Bd. 8 S. 351, in Seuffert's Archiv Bd. 38 Nr. 284.) Die Erhebung neuer Ansprüche in der Ber.-Instanz gegen die Regel des § 491 Abs. 2 auch außerhalb der Tragweite des § 576 zuzulassen, liegt kein Grund vor. Das Gesetz spricht dies — im Gegensatz zu dem nordd. Entw. — nicht aus, und die Deduction der Motive zu S. 542 der stenogr. Berichte des Reichstags 2. Session 1874 Anl.-Bd. 3. 4 trifft nicht mehr zu, nachdem die Herstellungsklage durch den Beschluß des Reichstags aus § 576 ausgeschieden worden ist und also nicht mehr gesagt werden kann, daß „durch Erhebung einer Herstellungsklage alle causae separationis in judicium deduzirt" seien; wohl aber sprechen, wenn das Gesetz selbst jene Ausdehnung nicht rechtfertigt, praktische Erwägungen, insbesondere die Rücksicht auf die Einhaltung des Instanzenzugs und das unbekümmerte Gehör des Gegners dagegen, die Partei mit neuen Ansprüchen in der Ber.-Instanz zuzulassen, mit welchen sie von Neuem den Richter I. Instanz anzugehen nicht gehindert ist. Urtheil des O. L. G. zu Stuttgart vom 13. Juli 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (152.) 230—232.

4. Nach § 230 Nr. 2 C. P. O. muß die Klage einen bestimmten Antrag enthalten, es ist also dieser ein wesentlicher Bestandtheil der Klage und ist gemäß § 279 C. P. O. das Gericht nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Geht also das Gesuch einer Klage dahin, die Ehe zu scheiden, und beweist der ganze Inhalt dieser Klage klar, daß nur die Ehescheidungsklage erhoben, und an die Klage auf Ungültigkeit der Ehe nicht gedacht ist, so zeigt schon § 592 C. P. O., daß es sich um zwei wesentlich verschiedene Ansprüche handelt, indem die Ehescheidungsklage auf Auflösung des Bandes der Ehe, die Ungültigkeitsklage auf Anfechtung einer Ehe aus einem Grunde, welcher nicht von Amts wegen geltend gemacht werden kann, gerichtet ist. Die erstere Klage hat zur Voraussetzung eine zu Recht bestehende Ehe, deren Auflösung begehrt wird, während die Ungültigkeitsklage den richterlichen Ausspruch bezweckt, daß eine rechtlich gültige Ehe überhaupt nicht bestanden habe. (Auch das französische Civilrecht unterscheidet die Klagen auf Ungültigkeit der Ehe (les demandes en nullité de mariage), worüber Buch 1 Titel 5 Kap. 4 art. 180 ff. handeln, sorgfältig von der Klage auf Ehescheidung, auf die sich Titel 6 des ersten Buches, art. 229 ff. bezieht.) Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß **dem Richter durch § 279 C. P. O. verboten** ist, **die Ungültigkeit einer Ehe auf Grund eines nur auf Ehescheidung gerichteten Antrages auszusprechen.** (Vgl. Bd. 9 Nr. 48 S. 193.) **Aber auch in der Berufungsinstanz kann der Ehescheidungsklage das Gesuch auf Ungültigkeit der Ehe neu hinzugefügt werden.** Daß § 574 Abs. 1 sich überhaupt auf die Berufungsinstanz bezieht, ist zwar bestritten worden, aber bereits vom Reichsgerichte (Entsch. in Civils. Bd. 9 Nr. 116 S. 393) anerkannt und schon bei Berathung der Civilprozeßordnung ausgesprochen worden (Prot. S. 601.

Digitized by Google

602). Dagegen gestattet § 574 Abs. 1 nur, andere als die in der Klage vorgebrachten Klagegründe geltend zu machen; damit ist allerdings gegenüber den §§ 489. 240 Nr. 1 die Klagänderung für Ehestreitigkeiten in der Berufungsinstanz insoweit zugelassen, daß der Klage ein neuer Grund hinzugefügt werden darf, z. B. der Ehescheidungsklage aus grober Verunglimpfung, jener wegen Ehebruchs oder harter Mißhandlung. Nicht aber ist durch § 574 Abs. 1 der Vorschrift des § 491 Abs. 2 derogirt, welche die Erhebung neuer Ansprüche in der Berufungsinstanz ausschließt, sofern nicht die Fälle von § 240 Nr. 1. 2 C. P. O. vorliegen oder wenn es sich um die Einrede der Kompensation handelt. Diese Ausnahmen treffen hier nicht zu, und nach der vorhergehenden Erörterung ist der Antrag auf Ungültigkeit der Ehe gegenüber dem Klaganspruch auf Ehescheidung ein neuer Anspruch, da dieser Antrag von dem letzteren Klaganspruche in Voraussetzung, Zweck und Wirkung vollkommen verschieden ist. (In diesem Sinne hat auch bereits das Reichsgericht, dritter Civilsenat, B. w. B., durch Urtheil vom 9. März 1883 Rep. III. 435/82 entschieden.) (R. G. 9. V. 84.) R. C. XI. (83) 354. 355. A. X. (114.) 445.

5. **Auch in zweiter Instanz ist ein neuer Scheidungsgrund zulässig.** Der Wortlaut des § 574 der R. C. P. O. ist ganz generell und umfaßt ebensowohl die zweite wie die erste Instanz. Der Umstand, daß § 489 der R. C. P. O. jede Klagänderung in zweiter Instanz ausschließt, bedingt nicht eine einschränkende Auslegung des § 574, da die im § 489 gebrauchten Worte: „selbst mit Einwilligung des Gegners" beweisen, daß die Disposition der Parteien über eine Aenderung des Klagegrundes in zweiter Instanz durch das Gesetz ausgeschlossen werden sollte, und sonach gefolgert werden darf, daß in denjenigen Fällen, wo die Zulässigkeit der Klageänderung von dem Willen der Gegenpartei überhaupt nicht abhängt, wie im Ehescheidungsverfahren, auch der Grundsatz des § 489 für die zweite Instanz keine Anwendung findet. Daß dies Ergebniß von den gesetzgebenden Faktoren beabsichtigt ist, beweisen die Verhandlungen der Reichstagskommission, bei welchen die Aeußerung des Regierungskommissärs, daß der Partei die Geltendmachung eines neuen Scheidungsgrundes in zweiter Instanz freistehe, keinerlei Anstand gefunden hat (Protokolle S. 291, 292, 601). (R. G. 9. I. 83.) A. VII. (93.) 291.

6. **Die Zulässigkeit der Beibringung neuer Klaggründe im Eheprozeß auch in der Berufungsinstanz** ergibt sich nach allgemeinen Interpretationsregeln — der Bestimmung im § 489 der C. P. O. ungeachtet — aus der Vorschrift im § 574 Abs. 1 daselbst, wie dieselbe auch bei den Kommissionsberathungen als selbstverständlich angesehen ist (vgl. Hahn, Materialien zur C. P. O. S. 402, 1052; Struckmann und Koch, Komm. 3. Aufl. Anm. 1 zu § 574). Der hieraus folgenden Berechtigung des Klägers, in dieser Instanz die Beschuldigung des von der Beklagten begangenen Ehebruchs nachzuholen, steht auch nicht im Wege, daß mit diesem neuen Vorbringen der Antrag verbunden ist (und nach der Natur des neuen Beibringens auch verbunden werden mußte), statt auf die in der Berufungsinstanz ursprünglich nur beantragte Trennung der Parteien von Tisch und Bett für den Zeitraum von zwei Jahren, auf Auflösung

Digitized by Google

des Bandes der Ehe zu erkennen. Zwar gestattet der cit. § 574 wörtlich nur, bis zu dem daselbst angegebenen Zeitpunkt andere Klaggründe nachzuholen, d. h. die einmal (sei es in 1., sei es in 2. Instanz) angebrachte Klage neu zu begründen, und es gewinnt demnach den Anschein, als habe eine Aenderung der Tendenz der gestellten Anträge selbst, insbesondere die Substituirung einer der anderen Klagen, auf welche sich der 1. Abschnitt des 6. Buchs der C. P. O. bezieht, an Stelle der angestellten Klage nicht für zulässig erklärt werden sollen. Allein nach § 592 erscheinen die Klage auf Ehescheidung dem Bande nach und die Klage auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett nur mehr als zwei verschiedene Potenzen einer und derselben Klage, nämlich der sie beide in sich begreifenden „Ehescheidungsklage" (vgl. Hahn, a. a. O. S. 397). Eine Konsequenz dieser Auffassung zeigt sich in § 575, wo andernfalls beide Klagen neben einander hätten aufgeführt werden müssen. Danach möchte die Kontroverse des bisherigen Eheprozeßrechtes darüber: ob diese Klagen als selbständige Klagen oder nur als verschiedene Richtungen einer und derselben Klage zu betrachten seien, (s. z. B. Dedekind, protest. Ehescheidungsrecht S. 103 ff.) ihre Erledigung im Sinn der ersteren Alternative gefunden haben. Ist das aber der Fall, so kann schon aus dem Grunde in der Substituirung der einen durch die andere nur eine derartige Erweiterung oder Beschränkung des Klageantrages zu finden sein, welche nach § 240 Ziff. 2 der C. P. O. überhaupt und also auch in der Berufungsinstanz (vgl. Struckmann und Koch, a. a. O. Nr. 6 zu § 240, s. auch Entsch. des R. G. Bd. 4 S. 251) statthaft ist. Wenn ferner der § 576 der C. P. O. den Verlust solchen thatsächlichen Materials, welches eine Partei in einem anhängigen Eheprozeß zur Klagbegründung, zur Begründung einer zulässigerweise (§ 575) zu verbindenden Klage und zur Erhebung einer Widerklage hätte benutzen können, androht, so versteht es sich auch von selbst, daß die neue Klagbegründung, Klagenverbindung und Erhebung einer Widerklage in jedem Stadium des anhängigen Rechtsstreits bis zu dem im § 574 der C. P. O. angegebenen Zeitpunkte statthaft sein muß, und da der § 576, welcher keinerlei Beschränkung auf die erste Instanz erkennen läßt (verb. „in dem früheren Rechtsstreit"), ebenso gut wie der § 574 in der Berufungsinstanz zur Anwendung kommen muß, so würde das neue klägerische Vorbringen, selbst wenn es nicht nach dem Obigen als Ergänzung der anfänglich in diese Instanz allein hinübergezogenen Klage auf Trennung von Tisch und Bett sollte zugelassen werden können, immerhin als statthafte Verbindung der beiden Klagen, jedenfalls aber — zumal von einer Anwendbarkeit des früheren prozessualischen Grundsatzes: reconventio reconventionis non datur im Eheprozeß keine Rede mehr sein kann — als Widerklage gegen die ebenfalls auf Scheidung dem Bande nach gerichtete Klage (Widerklage) der Beklagten aufrecht erhalten werden müssen. Erk. des O. L. G. zu Braunschweig vom 19. Dezember 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 275 S. 376—378.

7. In Ehesachen ist § 235 Nr. 3 der Reichs-Civilprozeßordnung nicht anwendbar, vielmehr können gemäß § 574 a. a. O bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, andere als die in der Klage vorgebrachten Klagegründe geltend gemacht werden.

Digitized by Google

In Ehesachen ist aber auch **die Geltendmachung neuer Klagegründe gemäß § 574 noch in der Berufungsinstanz zulässig** und kann sich hiergegen nicht auf § 489 berufen werden, denn die in diesem Paragraphen gegebene Vorschrift hat nur Bedeutung im Zusammenhange mit § 235 Nr. 3, weil dem Kläger dasjenige, was ihm hier für die erste Instanz gestattet ist, die Klagänderung mit Einwilligung des Beklagten, dort für die Berufungsinstanz versagt wird. Beide Bestimmungen treten prinzipiell der Klagänderung entgegen, die eine in unbeschränkter, die andere in beschränkter Weise. Der § 574 läßt aber prinzipiell aus in der Beschaffenheit der Ehesachen liegenden Gründen die Klagänderung unbeschränkt zu; es darf deßhalb dessen Anwendung nicht durch Heranziehung einer auf einem entgegengesetzten Prinzipe beruhenden Gesetzesbestimmung beeinträchtigt werden. (B. O. L. 22. V. 82.) S. IX. (204.) 614. 615.

8. **Zulässigkeit der Aenderung des Ehescheidungsgrundes in der Berufungsinstanz** ist in seiner allgemeinen Fassung und weil er sich unter den Vorschriften über das Verfahren in Ehesachen befindet, welches in mehrfachen Beziehungen abweichende Bestimmungen enthält, als eine für dieses Verfahren gegebene Ausnahmevorschrift zu betrachten, welche auch für die Berufungsinstanz Anwendung findet. (R. G. 2. VI. 85.) U. u. A. II. (201.) 433.

9. **Nicht neue Klagen, sondern nur neue Klaggründe läßt § 574 bis zum Schluß der Ber.-Verhandlung zu** und ändert insoweit für Ehesachen die nach den §§ 489, 240 geltenden Grundsätze in Betreff zweitinstanzlicher Klagänderung ab. Im Uebrigen bleiben dieselben aber bestehen. Nun dürfen aber nach § 491 Abs. 2 **neue Ansprüche nur insoweit** erhoben werden, **als sie den Charakter einer Erweiterung eines Klagantrags in der Hauptsache oder in Betreff von Nebenforderungen tragen (§ 240 Ziff. 2) und in diesem Verhältniß steht der Anspruch auf Ungültigkeitserklärung einer Ehe nicht zu dem Anspruch auf Ehescheidung**, da dieser jenem in den Voraussetzungen wie in Zwecken und Wirkungen geradezu entgegengesetzt ist und keineswegs auf ein bloßes Mehr geht. Urtheil des Reichsgerichts vom 9. März 1883. S. A. Bd. 38, bezw. 8 Nr. 364 S. 480. 481.

10. In Betracht der den Ehesachen überhaupt in Buch VI Abschn. 1 und insonderheit durch die §§ 574 und 576 der C. P. O. eingeräumten exceptionellen Stellung (s. Petersen, Kommentar S. 475; Seuffert, Komm. zu §§ 574 ff. Bem. 1 S. 645; v. Sarwey, Komm. § 574 Bem. 2), erscheint es dem Sinn und der Absicht des Gesetzes entsprechend, **wie die Geltendmachung neuer Klaggründe so auch die Anbringung einer Widerklage in der Ber.-Instanz zuzulassen.** Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig vom 28. November 1881. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 190 S. 244.

11. **Der klagende (bezw. widerklagende) Ehegatte, welcher infolge des auf unüberwindliche Abneigung gestützten Scheidungsgrundes für den allein schuldigen Theil erklärt worden ist, darf in der Berufungsinstanz einen neuen Scheidungsgrund behufs Schuldigerklärung des beklagten (bezw. widerbeklagten) Theiles vorbringen.** Letzteres ist durch die preußische Prozeßgebung vor dem Inkrafttreten der deutschen Civilprozeßordnung nicht ge-

Digitized by Google

stattet worden, und das ehemalige Obertribunal hat deßhalb in konstanter Praxis, (vgl. Erkenntnisse vom 7. April 1869 und 20. November 1871, in Entsch. des Obertrib. Bd. 61 S. 166, Bd. 66 S. 134) das Vorbringen neuer Entscheidungsgründe in der zweiten Instanz nicht zugelassen. Dagegen hat die Civilprozeßordnung für Ehesachen im § 574 die Spezialbestimmung getroffen, daß bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, andere als in der Klage vorgebrachten Klagegründe geltend gemacht werden können, und selbstverständlich muß dasjenige, was für die Klage vorgeschrieben ist, im geeigneten Falle auch auf die Widerklage angewendet werden. Der § 574 ist ohne Unterscheidung zwischen der ersten und der zweiten Instanz gegeben, und seine Anwendbarkeit auf die Berufungsinstanz ist schon mehrfach vom Reichsgerichte ausgesprochen, worüber namentlich auf das Urtheil vom 28. November 1882, (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 8 S. 350), Bezug genommen wird. (R. G. 5. IV. 86.) R. C. XV. (68.) 289. 290.

12. **Die Zulässigkeit der erst in der Berufungsinstanz erhobenen Widerklage ergibt sich aus der Bestimmung des § 574 C. P. O., welcher die Geltendmachung neuer Klagegründe und folgeweise auch der Widerklage bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung gestattet, auf welche das Urtheil ergeht.** Daß diese Bestimmung auf das Verfahren erster Instanz beschränkt werden müsse, ist nach der Fassung derselben in Verbindung mit ihrer Stellung im Systeme der Prozeßordnung, nach der vermuthbaren Absicht des Gesetzgebers und nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nicht anzunehmen. Der § 574 a. a. O. enthält somit für das Verfahren in Ehescheidungssachen eine Ausnahme von den sonstigen Vorschriften nicht nur der §§ 235 Nr. 3 und 240, sondern auch der §§ 489. 491 C. P. O. Allerdings stimmt der Eingang des § 574 mit dem nur für die erste Instanz bestimmten § 253 a. a. O. überein; allein die an sich allgemeine Fassung gewinnt nach der Stellung des § 574 unter den Vorschriften über das Verfahren in Ehesachen, welchem das Gesetz eine von den sonstigen Prozeßvorschriften in mehrfachen Beziehungen abweichende Gestaltung gegeben hat, eine andere Bedeutung. **Die §§ 568—582 a. a. O. behandeln nämlich, soweit nicht einzelne Vorschriften sich ihrem Inhalte nach lediglich auf die erste Instanz beziehen können, das Verfahren beider Instanzen.** Daß die §§ 569. 577—582 auch auf die Berufungsinstanz Anwendung finden, unterliegt keinem Bedenken; es ist daher auch nicht anzunehmen, daß der § 574 a. a. O., dessen Inhalt mit dem Berufungsverfahren nicht unvereinbar scheint, abweichend von den vorhergehenden und folgenden Vorschriften nur für die erste Instanz gelten solle. Die Absicht des Gesetzgebers bei den Bestimmungen der §§ 574 bis 576 a. a. O. ging nach dem Inhalte des Gesetzes und nach den Motiven (S. 364) dahin, einer Vervielfältigung der Eheprozesse entgegenzuwirken. Mit Rücksicht auf die nach § 576 eintretende Rechtsverwirkung gestattet § 574 a. a. O. das nachträgliche Vorbringen neuer Ansprüche. Die Ausgleichung wäre aber nur eine ungenügende, wenn § 574 auf die erste Instanz beschränkt würde. In dem ordentlichen Prozesse verliert die Partei durch Unterlassung der Vorbringung neuer Klagegründe, bezw. der Widerklage ihr Recht nicht, da

Digitized by Google

sie dasselbe durch Erhebung einer neuen Klage geltend machen kann. Anders im Ehescheidungsverfahren; hat eine Partei aus Rücksicht auf die Familienehre, und in der Hoffnung auf Durchdringen mit einem anderen Angriffs- oder Vertheidigungsmittel einen weiteren Klagegrund oder eine Widerklage in erster Instanz vorerst nicht geltend gemacht, so wäre bei der beschränkenden Auslegung des § 574 a. a. O. der Anspruch überhaupt verloren. Eine solche Härte des Gesetzes ist nicht zu vermuthen. Für die weitere Auslegung spricht endlich auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. (R. G. 28. XI. 82.) S. hierüber R. C. VIII. (98.) 350—352.

13. Für die Ansicht der Kommentatoren der C. P. O. nämlich Wilmowsky und Levy, Endemann und Puchelt in ihren Kommentaren zur C. P. O. § 574, sowie von Löning in seiner Abhandlung über die Widerklage in Busch Zeitschrift für deutschen C. P. Bd. 4 S. 127 Nr. 162, daß im Eheprozeß **die Erhebung einer Widerklage in der Berufungsinstanz nicht zulässig** sei (also entgegengesetzter Ansicht von anderen Kommentatoren, namentlich Seuffert, Hellmann, Petersen und Struckmann und Koch) gibt den Ausschlag die Erwägung, daß die Widerklage eine Klage ist und bleibt, obwohl sie äußerlich als Bestandtheil eines andern bereits anhängigen Prozesses sich darstellt, und daß sie den Einreden in der C. P. O. nur insoweit gleichgestellt wird, als es sich um Zeit und Form der Erhebung handelt, wie dies von Löning in der angeführten Abhandlung, namentlich auch unter Berücksichtigung des anscheinend für das Gegentheil sprechenden § 251 überzeugend dargelegt ist. Die Gestattung der Anstellung einer Klage, auch wenn sie in Form einer Widerklage geschieht, erst in der Ber.-Instanz würde aber, weil dadurch dem Gegner eine Instanz entzogen wird, wie die Motive zu § 487 der C. P. O. sagen, gegen das öffentliche Interesse der Ordnung des Verfahrens und deßhalb nur dann zu billigen sein, wenn das Gesetz für das Verfahren in Ehesachen dies abweichend von § 491 Abs. 2 bestimmt vorschriebe, was nicht der Fall. Der preuß. Entwurf hatte allerdings in § 867 eine solche Vorschrift. Sie ist aber im norddeutschen Entwurf gestrichen und die späteren Entwürfe lassen nicht erkennen, daß für die Weglassung lediglich die Zweckmäßigkeitsgründe der norddeutschen Kommission maßgebend waren. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 9. März 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 190 S. 244. 245.

§ 575.

§ 575.

Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, die Ehescheidungsklage und die Ungültigkeitsklage können verbunden werden.

Die Verbindung einer anderen Klage mit den erwähnten Klagen sowie die Erhebung einer Widerklage anderer Art ist unstatthaft.

1. **Abs. 1.** Gemeinrechtlich war die Frage, ob der Richter auf Scheidung von Tisch und Bett für bestimmte Zeit erkennen dürfe, wenn der klagende Ehegatte allein die gänzliche Trennung des Ehebandes beantragt hatte, von jeher bestritten; (vgl. Seuffert, Archiv Bd. 7 Nr. 189. 325, Bd. 18 Nr. 98, Bd. 22 Nr. 244, Bd. 24 Nr. 244) nach der C. P. O. (§§ 575. 592) erscheinen aber beide Anträge, der auf Ehescheidung dem Bande nach und der auf zeitweilige Trennung von

Digitized by Google

Tisch und Bett, als zwei verschiedene Richtungen eines und desselben Anspruches auf Ehescheidung, und **es muß nicht nur die Verbindung beider Anträge in der Klage und die Nachbringung einer dieser Alternativen im Scheidungsprozesse zugelassen, sondern auch davon ausgegangen werden, daß, wenn nur auf Trennung der Ehe vom Bande geklagt ist, und in den Verhandlungen sich zwar kein zureichender Grund hierfür, wohl aber für eine temporäre Trennung ergibt, selbst von Amts wegen letztere auszusprechen sei.** (R. G. 29. V. 83.) R. C. XI. (110.) 414.

2. **Die im § 575 der C. P. O. vorausgesetzte Möglichkeit der Verbindung einer Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens mit einer Ehescheidungsklage ist** entweder mit Wilmowsky und Levy, (Komm. Anm. 1 zu § 575) **in der Weise zu denken, daß die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nur als Widerklage gegenüber der Klage auf Ehescheidung zulässig ist, oder beide Klagen sind in dem Verhältniß der Eventualität mit einander zu verbinden, sodaß erst dann, wenn der einen keine Folge gegeben wird, die andere in Betracht kommt.** Daß dagegen in einem und demselben Rechtsstreit einem Endurtheil ein dem Inhalt desselben widersprechendes zweites Endurtheil folgt, ist mit dem System der C. P. O. nicht vereinbar. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 12. Oktober 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (253.) 381.

3. **Die Verbindung des Anspruches, daß eine Partei als der an der auszusprechenden Ehescheidung schuldige Theil erklärt werde, mit dem Verfahren in Ehesachen ist zulässig** (siehe Motive zu § 575 C. P. O). (R. G. 7. II. 82.) R. C. VI. (112.) 370.

4. **Eine Ungültigkeitsklage kann zwar mit der Ehescheidungsklage verbunden werden, wenn aber nur letztere angestellt ist, kann nicht auf Ungültigkeit der Ehe erkannt werden, selbst wenn Thatsachen behauptet sind, welche nicht sowohl den Antrag auf Ehescheidung als den auf Ungültigkeitserklärung begründen würden.** Denn nicht die thatsächliche Begründung der Klage, sondern der darin gestellte Antrag entscheidet über die Grenzen, innerhalb deren sich der richterliche Ausspruch zu halten hat (§ 279 der C. P. O.), der Antrag auf Ehescheidung geht aber auf etwas ganz Anderes und reicht nicht so weit, als der auf Ungültigkeitserklärung der Ehe (Entsch. des R. G. Bd. 9 S. 193). Urtheil des Reichsgerichts vom 19. September 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 156 S. 234.

5. **Abs. 2. Die Unstatthaftigkeit der Verbindung einer anderen Klage mit einer im Eheprozesse zu verfolgenden (§ 575 Abs. 1), ist nach § 575 Abs. 2 der R. C. P. O. absolut ausgesprochen. Ein diese gesetzliche Bestimmung verletzendes Urtheil ist der relativen Rechtskraft unfähig.** (R. G. 15. V. 82.) A. VI. (29.) 141. 142.

6. Der § 575 C. P. O. bestimmt mit Rücksicht auf die Eigenthümlichkeit des für Ehesachen angeordneten Verfahrens noch ausdrücklich, daß zwar die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, die Ehescheidungs- und Ungültigkeitsklage verbunden werden können, die Verbindung einer anderen Klage mit den erwähnten aber unstatthaft sei. **Daraus folgt, daß vermögensrechtliche Klagen, gleichviel ob sie mit den in Abs. 1 § 575 C. P. O. gedachten, aus dem ehelichen Verhältniß entspringenden Klagen im Zusammenhange stehen oder nicht, mit der Klage auf eheliche Folge**

Digitized by Google

nicht in demselben Prozesse verhandelt werden dürfen. Es erhebt nichts zur Sache, wenn beklagtischerseits unter diesem Gesichtspunkte keine Einwendung gegen die Klage erhoben, die Unstatthaftigkeit der Klagenhäufung nicht geltend gemacht wird. **Die Vorschriften der §§ 232. 575 C. P. O. betreffen wesentliche Bestandtheile des Verfahrens und unterliegen als solche nicht der freien Verfügung der Parteien; sie sind, auch wenn deren Verletzung im Laufe des Prozesses nicht gerügt wurde, von Amts wegen zur Anwendung zu bringen.** (Vgl. § 267 Abs. 2 C. P. O.) (R. G. 25. X. 81.) R. C. V. (43.) 166. 167. A. IV. (147.) 517. 518. (R. C. V. (119.) 417.)

7. **Das sog. Interimistikum** (Entscheidung über Nebenpunkte im Eheprozesse, §§ 575, 584, 816 der R. C. P. O.) **ist von der Voraussetzung der Einleitung des Eheprozesses, mindestens des Sühneverfahrens abhängig.** Das Preußische Prozeßrecht (Allg. Ger. O. Thl. I Tit. 40 §§ 53 ff.; Verordnung vom 28. Juni 1844 §§ 55 ff., 66), sowie die R. C. P. O. (§§ 575, 584) gestatten im Streite der Eheleute über die Ehetrennung eine vorläufige gerichtliche Entscheidung über gewisse Nebenumstände — Getrenntleben und Alimentation der Ehefrau, sowie Erziehung der Kinder — das sog. Interimistikum — und weisen — in getrenntem Verfahren — die Entscheidung hierüber dem Gerichte der Hauptsache, also dem Eherichter zu (§ 816 der R. C. P. O.). Ueber das Verhältniß der Eheleute während des Ehescheidungsprozesses, also als Entscheidungsquelle für das Interimistikum bleiben die Vorschriften des materiellen Rechts maßgebend (Allg. L. R. Thl. II Tit. 1 §§ 723 ff., Einf. Ges. zur R. C. P. O. § 16 Nr. 4), und in Ergänzung des Verfahrens über das Interimistikum bestimmt der § 7 des Preuß. Ausf. Ges. zur R. C. P. O., daß die bei Klagen auf Ehescheidung oder auf Herstellung des ehelichen Lebens nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zulässigen einstweiligen Verfügungen (§ 584 der R. C. P. O.) erst erlassen werden dürfen, nachdem die Anberaumung des Sühnetermins beantragt oder der Termin zur mündlichen Verhandlung auf die Klage festgesetzt oder der im § 5 erwähnte Befehl zur Herstellung des ehelichen Zusammenlebens erlassen ist. Das ganze System dieser Gesetzgebung — älteren und neueren Datums — macht es klar und läßt keinen Zweifel übrig, daß das Interimistikum, d. i. eine einstweilige Verfügung in Ehesachen, eine Ehescheidungsklage — entweder bereits angestellt oder durch das Sühneverfahren bereits vorbereitet — zur nothwendigen Voraussetzung hat und daß in diesem Falle die interimistische Entscheidung über den Inzidentpunkt — gesondert und getrennt vom Eheprozesse — dem Ehegerichte zusteht. Fordert z. B. die Ehefrau, die von ihrem Ehemanne verstoßen, und also von demselben getrennt zu leben durch dessen widerrechtlichen Willen gezwungen ist — selbständig und unabhängig von ihrem Rechte auf Ehetrennung — von ihrem Manne — Verpflegung und Unterhalt, so ruht dieser Anspruch auf einer natürlichen und gesetzlichen Pflicht des Ehemannes, und das selbständige Recht zur Klage ist — wenn es sich nach allgemeinen Grundsätzen nicht von selbst verstände: Allg. Ger. O. Thl. I Tit. 1 § 1; Allg. L. R. Einl. § 86 — vom Gesetze insofern ausdrücklich anerkannt, als nach § 711 Thl. II Tit. 1 des Allg. L. R. der Mangel an Unterhalt die Frau zur Scheidung be-

Digitized by Google

rechtigt, die Versagung des Unterhalts nach § 712 a. a. O. ihr aber ein Klage- und Zwangsrecht auf Gewährung gibt, während die beharrliche Versagung wieder einen Ehescheidungsgrund darstellt (§ 713 a. a. O.). Ueber diesen rein vermögensrechtlichen Anspruch ist im ordentlichen Streitverfahren durch förmliches Urtheil zu entscheiden, insofern nicht außerdem die Ehetrennung im Streite begriffen und dadurch Raum für eine einstweilige Verfügung im Sinne des Prozeßrechts gegeben ist. (R. G. 24. I. 84.) A. IX. (82.) 358. 359.

8. Das Verfahren in Ehesachen weicht von dem regelmäßigen Civilprozesse unter anderem darin ab, daß nach § 575 Satz 2 C. P. O. mit der Ehescheidungsklage (oder Ungültigkeitsklage oder Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens) „eine andere Klage" nicht verbunden werden darf, wie auch die Erhebung einer Widerklage „anderer Art" unstatthaft ist. Ob hierdurch auch ein auf Zuerkennung des Rechtes der Erziehung der Kinder der streitenden Ehegatten gerichteter Klag- oder Widerklagantrag ausgeschlossen ist, kann in denjenigen Rechtsgebieten überhaupt nicht in Frage kommen, in welchen der Grundsatz gilt, daß die Bestimmung darüber, wo die Kinder geschiedener Ehegatten zu erziehen sind, der Vormundschaftsbehörde zusteht. (Vgl. für das Gebiet des preuß. Allg. Landrechtes v. Rönne, Ergänzungen 6. Aufl. Bd. 3 S. 252; Bayerisches Ausf.-Ges. zur C. P. O. vom 23. Februar 1879 Art. 149; sächs. B. G. B. § 1749 mit den Erkenntnissen bei Wengler und Brachmann Bd. 2 S. 87.) Wo dagegen, wie im Gebiete des gemeinen Rechtes (vgl. Sarwey im Archiv für civilist. Praxis Bd. 32 S. 16 ff.), nach feststehender Praxis, die Bestimmung hierüber im Wege des Civilprozesses durch richterliche Entscheidung erfolgt, entsteht die Frage, ob dieselbe in dem für Ehesachen vorgeschriebenen Verfahren herbeigeführt werden kann, oder ob zu diesem Zwecke nach erfolgter Scheidung erforderlichen Falls ein besonderer Rechtsstreit eintritt. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob der Anspruch auf Zuerkennung des Erziehungsrechtes als ein mit der Ehescheidungsklage verfolgbarer Nebenanspruch oder als ein von dem Scheidungsanspruche verschiedener, mit einer anderen Klage zu verfolgender, selbständiger Anspruch aufzufassen ist. Wenngleich nun bei diesem Anspruche, sofern darüber unter den Ehegatten gestritten wird, dieselben Parteien einander gegenüberstehen wie im Scheidungsprozesse, so ist derselbe doch in Ansehung des Klaggrundes von dem Scheidungsanspruche durchaus verschieden. Während die Scheidungsklage auf dem durch die Ehe zwischen den Ehegatten begründeten Rechtsverhältnisse beruht, entspringt der Anspruch auf Zuerkennung des Erziehungsrechtes aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Eltern und Kindern, aus welchem wie dem Vater (l. 1. l. 3. Dig. de lib. exhib. 43. 30) so auch der Mutter (l. 2. l. 3. Cod. eod. 8. 8) unter einander wie gegen Dritte eine Klage behufs Geltendmachung des Erziehungsrechtes zusteht, insbesondere auch im Falle der Scheidung gemäß l. un. Cod. elivortio facto 5. 24 und Nov. 117 c. 7. Demgemäß kommt bei der Entscheidung über letzteren Anspruch nicht lediglich die Frage, welcher der Ehegatten bezüglich der Scheidung als der schuldige Theil anzusehen sei, sondern zugleich und vorzugsweise die Rücksicht auf das Wohl der Kinder in Betracht. Auch wenn man den Gegenstand des Urtheiles in's Auge faßt,

Digitized by Google

ergibt sich, daß durch die Entscheidung, welchem der geschiedenen Ehegatten die Erziehung der Kinder anvertraut werden soll, nicht die Scheidung in einem Nebenpunkte bestimmt, sondern ein erst nach der Scheidung eintretendes Rechtsverhältniß geordnet wird. Durch die Lösung des Ehebandes wird auch diejenige Gemeinschaft aufgehoben, welche bis dahin bezüglich der Kindererziehung unter den Ehegatten bestand, diese selbstverständliche Folge der Scheidung ist im Scheidungsurtheile nicht besonders auszusprechen. Was aber den Unterhalt und die Erziehung der Kinder nach Trennung der Ehe betrifft, so steht die Ordnung dieses Verhältnisses ebenso wie die Ordnung der Vermögensverhältnisse der geschiedenen Ehegattten zu der Scheidung nur insofern in Beziehung, als dieselbe die Voraussetzung für die neue Ordnung dieser Verhältnisse bildet, und der Ausspruch, welcher der Ehegatten bezüglich der Scheidung als der schuldige Theil erscheine, bei Ordnung dieser Verhältnisse von Einfluß ist. Die bis zur Civilprozeßordnung in der gemeinrechtlichen Praxis zugelassene Verbindung der Ehescheidungsklage mit dem Antrage, dem klagenden Theile die Erziehung der Kinder zuzusprechen, ist nicht aus der Annahme zu erklären, daß letzterer Anspruch ein durch die Ehescheidungsklage verfolgbarer Nebenanspruch sei oder gar nur im Scheidungsprozesse durch diese Klage verfolgt werden könne. Verband der Kläger beide Ansprüche in einer Klage, so ließ man diese Verbindung zu, indem man in den bei Ehesachen eintretenden prozessualen Besonderheiten keinen Grund erblickte, von den allgemeinen Grundsätzen des Civilprozesses über die Verbindung verschiedener Ansprüche in derselben Klage abzuweichen. Wo dieser Verbindung die gesetzlichen Vorschriften über die Zuständigkeit der Gerichte entgegenstanden, wurde auch schon vor der Civilprozeßordnung über die Erziehung der Kinder im Eheprozesse nicht entschieden, insbesondere in den Staaten, wo vor der Civilprozeßordnung die Gerichtsbarkeit in Ehesachen der Katholiken von kirchlichen Gerichten ausgeübt wurde. Zwar nimmt das kanonische Recht für die Gerichtsbarkeit der kirchlichen Gerichte nicht allein die res spirituales, sondern auch die res spiritualibus annexae, und insbesondere in Ehesachen auch die Ordnung der bezüglich der Vermögensrechte der Ehegatten und der Erziehung der Kinder bei der Scheidung eintretenden Fragen in Anspruch. (Vgl. c. 3. X. de donat. inter virum et uxorem 4. 40; Schulte, Handbuch des katholischen Eherechtes S. 442; Kutschker, Das Eherecht der katholischen Kirche Bd. 5 S. 929.) Allein dieser Uebergriff der Kirche in das Gebiet des bürgerlichen Rechtes wurde selbst in den Staaten, welche die kirchliche Ehegerichtsbarkeit anerkannten, von Seiten des Staates nicht zugelassen, und die Entscheidung über die Kindererziehung wie über die Vermögensverhältnisse den staatlichen Gerichten vorbehalten, mithin von der Entscheidung über die Trennung der Ehe gesondert. (Vgl. Erkenntniß des Oberappellationsgerichtes München von 1855 in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 21 S. 210; Weruz, Kommentar zur bayerischen Civilprozeßordnung S. 42. 43; Württemberg. Archiv für Recht ꝛc. Bd. 4 S. 433.) **Der Antrag, dem klagenden Theile bei der Scheidung die Erziehung der Kinder zuzusprechen, ist demnach nicht als ein Bestandtheil oder Anhang der Scheidungsklage, sondern als eine damit verbundene „andere Klage" aufzufassen, mithin nach § 575 C. P. O.**

Digitized by Google

Abs. 2 im Eheprozesse nicht zulässig. Daß die Absicht der gesetzgebenden Faktoren nicht dahin gegangen sei, diesen Antrag vom Eheprozesse auszuschließen, ist aus der Entstehungsgeschichte des § 575 a. a. O. nicht zu entnehmen. Insbesondere ist dies nicht zu entnehmen aus der Bemerkung der Motive zu § 552 des Entwurfes der Civilprozeßordnung, daß der nach dem materiellen Rechte erforderliche Ausspruch über die Schuld des einen oder des anderen Ehegatten an der Trennung von der Verhandlung und Entscheidung über die Ehescheidungsklage nicht gefordert werden könne. Hieraus ist nicht zu schließen, daß es sich in Betreff des Ausspruches über das Erziehungsrecht ebenso verhalte. Denn während der Ausspruch über die Schuldfrage lediglich das Verhältniß der Ehegatten unter einander betrifft und als eine nähere Bestimmung des Scheidungsurtheils in Ansehung des Scheidungsgrnndes angesehen werden kann, ist dies bei einem Ausspruche über das Erziehungsrecht nicht zutreffend, weßhalb es in letzterer Hinsicht bei der Regel des § 575 a. a. O. verbleibt. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 6 S. 370.) (R. G. 14. IV. 83.) R. C. IX. (111.) 381—384. A. VII. (176.) 571—574.

9. **Der Anspruch auf die Erziehung der ehelichen Kinder kann nicht mit dem Verfahren in Ehesachen verbunden werden.** Wenn auch der Ausspruch über die Schuld des einen oder anderen Ehegatten an der Trennung und über die Berechtigung zur Wiederverheirathung von der Verhandlung über die Ehescheidungsklage nicht getrennt werden kann, weil jener Ausspruch mit dem Erfolg dieser Klage auf's engste zusammenhängt, so besteht doch ein gleicher Zusammenhang nicht auch mit der Frage, welchem der beiden Eheleute die Erziehung der Kinder zu übertragen sei. Diese Frage ist nach den Gesichtspunkten zu entscheiden, welche in die Verhandlungen über den Ehescheidungsprozeß nicht nothwendig gehören und von dem Ergebniß desselben nicht ausschließlich abhängig sind. **Folgerichtig muß denn auch der Anspruch des einen der streitenden Ehegatten auf die Erziehung der Kinder unter die Regel des § 575 gestellt und somit seine Verbindung mit dem Eheprozeß für unstatthaft erklärt werden.** Urtheil des Reichsgerichts vom 7. Februar 1882. (Vgl. Entsch. des R. G. Bd. 6 S. 112.) S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 76 S. 108. R. C. VI. (112.) 370.

10. **Einstweilige Verfügung in Ehesachen wegen Verbleibs und Alimentation der Kinder.** Beschluß des O. L. G. zu Kiel vom 2. September 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 261 S. 375. S. hierüber bei § 584 eodem.

11. **Nach § 575 Abs. 2 der C. P. O. ist eine Entscheidung über den Anspruch des Klägers auf Ueberweisung des Kindes in Verbindung mit der Ehescheidungsklage nicht statthaft.** Wenn in einer Klage auf Scheidung eine weitere Klagbitte auch auf Ueberlassung eines Kindes gerichtet ist, so ist derjenige Anspruch erhoben, den das römische Recht (vgl. Sintenis Civilrecht (3. Aufl.) Bd. 3 § 140 Anm. 7) als das interdictum de liberis exhibendis et ducendis bezeichnet. Es ist sonach jene Klage mit dieser letzteren kumulirt und eine solche Klagenkumulation muß nach dem klaren Wortlaut der einschlagenden, oben erwähnten Gesetzesstelle als unstatthaft angesehen werden. Letztere ist bei ihrer

Digitized by Google

kategorischen Fassung nicht bloß auf vermögensrechtliche Klagen, sondern auf Klagen jeder Art zu beziehen. Diese schon durch den Wortlaut gebotene Auslegung des Gesetzes wird auch durch die Motive zur C. P. O. gerechtfertigt. In diesen wird (S. 364) ausgesprochen, daß die Erhebung einer Klage von anderer Art als der im 1. Absatz des § 575 genannten wegen der Eigenthümlichkeit des Verfahrens in Ehesachen für unzulässig zu erklären sei und dies *auch* diejenigen Klagen treffe, mit welchen die *vermögensrechtlichen* Folgen der Ehetrennung geltend gemacht werden. Dieser letztere Zusatz erhebt es über allen Zweifel, daß die in dem zitirten Paragraphen angeordnete Ausschließung „anderer" Klagen nicht auf vermögensrechtliche Klagen beschränkt sein soll. Urtheil des O. L. G. zu *Jena* vom 1. Juli 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 285 S. 368.

§ 576.

§ 576.

Der mit einer Ehescheidungsklage oder einer Ungültigkeitsklage abgewiesene Kläger kann Thatsachen, welche er in dem früheren Rechtsstreit oder welche er durch Verbindung der Klagen hätte geltend machen können, als selbstständigen Klagegrund nicht mehr geltend machen. Ein Gleiches gilt für den Beklagten in Ansehung der Thatsachen, auf welche er eine Widerklage zu gründen im Stande war.

1. **Die Anwendung des § 546 C. P. O. kann nicht durch einseitigen Vorbehalt oder durch Uebereinkunft der Parteien ausgeschlossen werden.** Die Vorschrift des § 576 hat einen die Parteien absolut bindenden Charakter. Grund und Zweck dieser Vorschrift, welche aus dem Entwurfe einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preuß. Staat von 1861 § 868 stammt, wird in den Motiven dieses Entwurfes S. 213 dahin angegeben: in Verbindung mit der dem Kläger beigelegten Befugniß, noch andere als die in der Klage angeführten Ehescheidungsgründe bis zum Endurtheil selbst noch in der Berufungsinstanz geltend zu machen, und mit der dem Beklagten beigelegten Befugniß, eine auf Trennung der Ehe gerichtete Widerklage anzustellen, solle die Nöthigung der Parteien, von dieser Befugniß in dem bereits anhängigen Rechtsstreite Gebrauch zu machen, „die Vervielfältigung der Scheidungsprozesse und die Erneuerung eines erfolglos durchgeführten Scheidungsbegehrens auf Grund von Thatsachen, welche schon aus dem Grunde Verdacht erwecken, weil sie in dem früheren Scheidungsprozesse zurückgehalten sind," verhindern. In derselben Weise wurde die in dem Entwurf einer Civilprozeßordnung für die Staaten des norddeutschen Bundes von 1870 als Art. 1088, in den im Kgl. preußischen Justizministerium bearbeiteten Entwurfe einer deutschen Civilprozeßordnung als § 526 und in den dem Reichstage vorgelegten Entwurfe derselben als § 553 übergegangene Vorschrift in den Motiven dieser Entwürfe, sowie bei der Berathung des § 553 in zweiter Lesung der Reichstagskommission begründet. *Hahn*, Materialien II S. 1052.) Es wurde mithin, um im öffentlichen Interesse der Vervielfältigung der auf Lösung der Ehe gerichteten Klagen unter denselben Ehegatten und hiermit der Vermehrung der Eheprozesse überhaupt entgegenzuwirken, der Grundsatz aufgestellt, daß die auf Ehetrennung abzielenden Prozesse *als ein Ganzes* zu behandeln sind, so daß darin *alle* auf Anfechtung der Gültigkeit der Ehe oder auf Ehescheidung gerichteten Klagansprüche von beiden Seiten einestheils vorge-

Digitized by Google

bracht werden können, anderentheils aber auch bei Vermeidung späterer Nichtberücksichtigung vorgebracht werden müssen. Das in Ehesachen überhaupt aus Gründen des öffentlichen Interesses beschränkte Dispositionsrecht der Parteien bezüglich des Prozesses ist insbesondere auch dahin eingeschränkt, daß nach einmal eingetretener Anhängigkeit des auf Trennung der Ehe gerichteten Rechtsstreites es nicht mehr im Belieben der Parteien steht, einzelne Thatsachen, welche in diesem Prozesse durch Klage oder Widerklage geltend gemacht werden können, für einen künftigen weiteren Prozeß als selbständigen Klagegrund aufzusparen. **Auch ein Vorbehalt im Urtheile** dahin gehend: „Dem Beklagten bleiben wegen der von ihm anzustellenden Ungültigkeitsklage alle Gerechtsame vorbehalten", **vermag hieran nichts zu ändern.** Das Gericht hat hiermit, wie schon die Worte „bleiben vorbehalten" zu erkennen geben, dem damaligen Beklagten und nunmehrigen Kläger kein Recht zugesprochen, sondern ihm nur alle Gerechtsame, soweit ihm solche zustehen, vorbehalten. Kläger kann daher ein Klagerecht, welches ihm nach dem Gesetze nicht oder nicht mehr zusteht, auch aus dem gedachten Vorbehalte nicht herleiten. Selbst wenn in dem Vorbehalte „aller Gerechtsame wegen der anzustellenden Ungültigkeitsklage" der Ausspruch zu finden wäre, daß die Ungültigkeitsklage später noch angestellt werden könne, würde dieser Anhang zu dem im Uebrigen rechtskräftig gewordenen Urtheile der Rechtskraft nicht fähig erscheinen, weil darin nicht ein auf eine angestellte Klage auf Grund prozessualer Verhandlung ergangenes Erkenntniß, sondern nur eine unwirksame Meinungsäußerung über die Zulässigkeit einer künftig anzustellenden Klage enthalten wäre. (Der § 136 findet hier keine Anwendung, weil § 136 lediglich das Verfahren, nämlich die Verhandlung in einem getrennten Prozesse, betrifft, wogegen der dem Urtheile angehängte Vorbehalt das Klagerecht zum Gegenstande hat.) (R. G. 14. VII. 81.) R. C. V. (103.) 378—380. A. IV. (72.) 255—257.

2. **Der § 576 C. P. O. findet auch auf eine zurückgenommene Widerklage Anwendung.** So lange die Klage nicht zurückgenommen, mithin der Rechtsstreit anhängig geblieben ist (§ 243), besteht für den Beklagten die ihm durch § 576 Abs. 2 auferlegte Pflicht fort, seine Klage, wenn er sie überhaupt geltend machen will, in dem schon anhängigen Prozeß als Widerklage geltend zu machen. Es kann ihm nicht gestattet werden, die Erfüllung dieser Pflicht dadurch zu umgehen, daß er die Widerklage zwar anstellt, aber zurücknimmt und später als selbständige Klage wieder erhebt. (R. G. 14. VII. 81.) R. C. V. (103.) 378. A. IV. (72.) 254. 255.

3. **Bei der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens tritt, sie mag abgewiesen oder als begründet erfunden werden, die Präklusivwirkung des § 576 nicht ein.** Der Kläger ist somit auch nach rechtskräftiger Erledigung seiner Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens an Erhebung der Ehescheidungsklage wegen Ehebruchs prozessualisch nicht gehindert (Gaupp, Komm. Bd. 3 S. 26). Urtheil des O. L. G. zu Stuttgart vom 13. Juli 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (152.) 231.

4. **Die in § 576 der C. P. O. gegebene Vorschrift kann nur bezogen werden auf die Geltendmachung von Thatsachen, welche der betreffenden Partei so bekannt waren, daß sie in dem früheren Rechtsstreit mit Aussicht**

Digitized by Google

auf Erfolg hatten geltend gemacht werden können. Die bloße Kenntniß der Thatsache, daß die Beklagte Ehebruch begangen habe, setzte den Kläger noch nicht in die Lage, den Ehebruch als Ehescheidungsgrund geltend zu machen; ebensowenig die Kenntniß der Thatsache, daß die Beklagte und wann sie ein im Ehebruch erzeugtes Kind geboren hatte. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 7. März 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 65 S. 98.

5. **Der Berücksichtigung eines im Vorprozesse an den renitenten Ehegatten erlassenen richterlichen Befehls zur Feststellung des ehelichen Zusammenlebens steht § 576 der R. C. P. O. nicht entgegen.** (R. G. 23. VI. 1884.) U. u. A. I. (15.) 36 ff.

6. **Verlust klagbegründender Thatsachen für eine Klage auf Trennung von Tisch und Bett nach § 576 C. P. O. nur, wenn sie mit einiger Aussicht auf Erfolg früher geltend gemacht werden konnten.** Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig vom 27. April 1883. S. A. Bd. 42 bzw. 12 Nr. 337 S. 478.

Verfahren.

§ 577.

§ 577.

Die Vorschriften über die Folgen der unterbliebenen oder verweigerten Erklärung über Thatsachen oder über die Echtheit von Urkunden, die Vorschriften über den Verzicht der Parteien auf die Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen, sowie die Vorschriften über die Wirkungen eines Anerkenntnisses, eines gerichtlichen Geständnisses und die Erlassung eines Eides kommen nicht zur Anwendung.

Die Eideszuschiebung und der Antrag, dem Gegner die Vorlegung einer Urkunde aufzugeben, sind nicht zulässig, soweit es sich um Thatsachen handelt, welche die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe begründen sollen.

§§ 129, 404, 468, 278, 261 ff., 494. 611.

1. **Abs. 1.** Ein Zugeständniß im Ehescheidungsverfahren hat für die richterliche Entscheidung nicht jeder Wirkung zu entbehren. Entsch. des R. G. vom 20. IV. 82.

2. **Abs. 2. Die Eideszuschiebung über eine Thatsache, welche der Klage auf eheliche Folge gegenüber als Einrede geltend gemacht wurde, ist deßhalb nicht ausgeschlossen, weil Beklagter auf die nämliche Thatsache eine Widerklage auf Ehescheidung gestützt hat.** Der § 577 Abs. 1 C. P. O. schließt die Anwendung gewisser Vorschriften des Gesetzes, welche die freie Beweiswürdigung des Richters auf Grund einer Parteidisposition beschränken, für alle Ehesachen — im Sinne des § 568 C. P. O. — mithin auch für die Klagen auf Herstellung des ehelichen Lebens aus, der § 577 Abs. 2 die Eideszuschiebung aber nur insoweit, als es sich um Thatsachen handelt, welche die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe begründen sollen. Ueber die Auslegung und die Tragweite des letzteren, gegen die ursprüngliche Regierungsvorlage von der Justizkommission beschlossenen Zusatzes zu § 577 Abs. 2 im Einzelnen gehen die Ansichten der Kommentatoren der Civilprozeßordnung auseinander; gewiß ist jedoch und es herrscht darüber im Allgemeinen auch kein Streit, daß die Zulässigkeit der Eideszuschiebung bloß davon abhängt, ob die behauptete und zu beweisende Thatsache eine eheerhal-

Digitized by Google

tende ist oder nicht, und daß Thatsachen, die nur zur Abwehr des Klagegrundes geltend gemacht werden, nicht hierher gehören. (Vgl. die Kommentare von Hellmann, Gaupp, Endemann, Seuffert, v. Wilmowsky u. Levy zur Civilprozeßordnung zu § 578; Birkmeyer in Busch, Zeitschrift für Civilprozeßordnung Bd. 7 S. 414 ff.) (R. G. 14. XII. 86.) R. C. XVII. (97.) 387.

§ 578. **§ 578.**

Erscheint der Beklagte in dem auf die Klage zur mündlichen Verhandlung anberaumten Termine nicht, so kann erst in einem neuen, auf Antrag des Klägers zu bestimmenden Termine verhandelt werden.

§§ 295, 297, 430.

Der Beklagte ist zu jedem Termine, welcher nicht in seiner Gegenwart anberaumt wurde, zu laden.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der Beklagte durch öffentliche Zustellung geladen, aber nicht erschienen ist.

§§ 186 ff.

Ein Versäumnißurtheil gegen den Beklagten ist nur in dem Falle zu erlassen, wenn der Beklagte in dem zur Leistung eines richterlichen Eides bestimmten Termine nicht erscheint.

Die Vorschriften dieses Paragraphen finden auf den Widerbeklagten entsprechende Anwendung.

§ 611.

1. **Abs. 1.** Aus der Fassung des § 578 Abs. 1 und der Begründung des entsprechenden § 555 des Entw. der C. P. O. ergibt sich, daß **die Norm des ersten Absatzes im § 578 C. P. O. auf den ersten, auf die Klage anberaumten Termin zur mündlichen Verhandlung in Ehesachen** (in welchen den Parteien zuerst Gelegenheit gegeben wird, sich vor dem Ehegerichte auszusprechen) **beschränkt** ist. In jedem ferneren in der Ehesache, sei es in erster, sei es in höherer Instanz anstehenden Termine zur mündlichen Verhandlung ist (im Falle des Erscheinens des zur Verhandlung bereiten Klägers und gehörig bewirkter Ladung des Beklagten) zu verhandeln, wenngleich der Inhalt dieser mündlichen Verhandlung die Grundlage der darauf zu fällenden richterlichen Entschließung bildet und in dieser Verhandlung neue Thatsachen behauptet, ja sogar gemäß § 574 C. P. O. bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, andere, als die in der Klage geltend gemachten Klagegründe geltend gemacht werden dürfen. Das Gesetz beseitigt eine etwa daraus für den Bestand der Ehe und die Rechte des Beklagten herzuleitende Gefahr durch die dem Ehegerichte in den §§ 577. 579. 580. 581 und der Staatsanwaltschaft in dem § 569 C. P. O. verliehenen Befugnisse. (R. G. 9. VI. 83.) R. C. IX. (116.) 393. 394. A. VIII. (65.) 252. (R. C. XI. (83.) 354.)

2. Die Vorschrift des § 578 Abs. 1 **bezieht sich** nur auf den auf die Klage zur mündlichen Verhandlung anberaumten Termin und **nicht auch auf weitere in der Ehesache anberaumte Termine zur mündlichen Verhandlung, insbesondere ist er auch nicht auf den zur Verhandlung der Revision anberaumten Termin anzuwenden.** Es ergibt sich dieses aus der Fassung des § 578 Abs. 1, sowie dem Zweck dieser Vorschrift und der Regelung des Verfahrens in Ehesachen und findet Bestätigung in den

Digitized by Google

Motiven des Gesetzentwurfs. Urtheil des Reichsgerichts vom 23. Oktober 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 169 S. 242.

3. **Die Vorschrift des § 578 Absatz 1 der C. P. O. gilt auch für die 2. Instanz.** Aus den Motiven erhellt, daß die Bestimmung des § 578 Abs. 1 der C. P. O. in das Gesetz aufgenommen wurde, weil in Ehesachen das sonst in der contumacia des Beklagten enthaltene fingirte Geständniß nicht zur Geltung kommt (§ 577) und nach Abs. 4 des § 578 Versäumnißurtheile nicht zu erlassen sind, abgesehen von dem einen Fall, wenn der Beklagte in dem zur Leistung eines richterlichen Eides bestimmten Termin nicht erscheint. Die Wiederholung des Termins zur Verhandlung über die Klage soll den Ersatz für den Wegfall des Einspruchs bieten. Diese Motive des Gesetzgebers treffen aber nicht minder zu für das Verfahren in 2. Instanz als für jenes in dem 1. Rechtszuge, da ja das Vorbringen neuer Thatsachen wie neuer Beweise im 2. Rechtszuge keineswegs ausgeschlossen ist. Schon aus diesen Gründen ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber mit dem Worte „Klage" in § 578 der C. P. O. nicht nur die erste Klage, sondern auch die Berufungsklage, d. h. das Verfahren in 2. Instanz, im Auge hatte. Es ergibt sich dies auch ferner aus dem Inhalt des § 583, worin bestimmt ist, daß die Vorschrift des § 252 über die Zurückweisung nachträglich vorgebrachter Vertheidigungsmittel bei Ehestreitigkeiten in der Berufungsinstanz keine Anwendung finde; folgerichtig hätte auch ausdrücklich angeführt werden müssen, wenn der § 578 Abs. 1 auf die Berufungsinstanz sich nicht beziehen sollte (vgl. § 485). Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe vom 24. März 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 353 S. 477. 478.

4. **Abs. 4. Auch in der Revisionsinstanz kann in Ehesachen kein Versäumnißurtheil gegeben werden.** Die Vorschrift des § 578 Abs. 4 macht keinen Unterschied zwischen der Revisionsinstanz und den früheren Instanzen und ist sowohl von dem I. Civilsenat des R. G. (vgl. Urtheil vom 9. Juni 1883 in Sachen Boivin ca. Boivin: Annalen Bd. VIII S. 250) als auch von dem III. Civilsenat des R. G. (vgl. Seuffert, Archiv Bd. XXXIX Nr. 169) auch auf das Revisionsurtheil bezogen worden. (R. G. 7. VI. 84.) A. X. (122.) 499.

5. **Offenbar liegt den sämmtlichen Bestimmungen des § 578 der C. P. O. die Absicht zu Grunde, im Eheprozeß das materielle Recht möglichst zur Geltung kommen und deßhalb die für das rechtliche Verfahren in anderen Gattungen von Rechtsstreitigkeiten durch die C. P. O. an die Versäumniß allgemein geknüpften Folgen, soweit durch diese das formelle Recht an die Stelle des materiellen tritt bezw. dasselbe beseitigt, nicht eintreten zu lassen.** Auf diese ratio legis muß bei der Auslegung des § 578 Abs. 4: „Ein Versäumnißurtheil gegen den Beklagten ist nur in dem Fall zu erlassen, wenn der Beklagte in dem zur Leistung eines richterlichen Eides bestimmten Termin nicht erscheint" zurückgegangen werden. Nun wird aber dieser ratio legis vollkommen genügt, wenn man die gewöhnlichen Versäumnißfolgen als durch jene Gesetzesstellen ausgeschlossen in allen denjenigen Fällen ansieht, in denen es sich um — vom Gegner behauptete — Thatsachen und deren vermöge der Versäumniß fingirtes Zugeständniß handelt. Es wird auf diese Weise im Interesse des materiellen Rechts verhütet, daß vermöge bloßer Fiktion aus möglicherweise objektiv nicht

Digitized by Google

vorliegenden Thatsachen zum Nachtheil des Beklagten eine sachliche Folge abgeleitet nnd Stoff zu einer sachlichen Entscheidung gewonnen werde. Der fraglichen Gesetzesvorschrift eine über diesen Bereich hinausgehende Tragweite beizulegen, nöthigt die obige ratio legis nicht, und es erscheint diese einschränkende Auslegung um so unbedenklicher, als bei derselben auf der einen Seite die ganz allgemein lautenden Vorschriften über das Versäumnißverfahren (§§ 295 ff. und 504 der C. P. O.) nicht unnöthigerweise beschränkt, und auf der anderen Seite derjenigen Partei, welche der Trennung der Ehe widerspricht, sofern dies aus Gründen des materiellen Rechts geschieht, ihre durch das Gesetz begünstigte Stellung nicht verkümmert wird. Was nun **die Anwendung des Versäumnißverfahrens in der Ber.-Instanz bei Ehesachen** anlangt, so wird bei dieser Auffassung auch vermieden, daß, wenn z. B. der Beklagte als Ber.-Kläger auftritt und im Verhandlungstermin ausbleibt, es zu einer (einseitigen) Ber.-Verhandlung kommen würde, für welche es an Ber.-Anträgen mangeln würde, und daß solchen Falls das Rechtsmittel lediglich aus formellen Gründen als unstatthaft verworfen werden müßte, gleichwohl aber vermöge des ergehenden Endurtheils jedes weitere, möglicherweise noch nicht verwerthete thatsächliche Vorbringen auf Seiten des Ber.-Klägers für immer ausgeschlossen wäre. Es wird aber auch weiter vermieden, daß der in 1. Instanz verurtheilte Beklagte als Ber.-Kläger sich in der Lage befinde, durch fortgesetztes Ausbleiben in den auf seine oder des Gegners Ladung anberaumten Verhandlungstermin den Eintritt der Rechtskraft des zu seinen Ungunsten ausgefallenen erstinstanzlichen Urtheils nach seinem Belieben in's Ungewisse hinauszuschieben — eine vom Gesetzgeber sicherlich nicht gewollte Konsequenz, welche deutlich dafür spricht, daß die aus § 578 Abs. 4 abzuleitende Regel in Betreff der Versäumnißurtheile gegen den Beklagten nicht als ausnahmslos anzusehen, vielmehr nicht anzuwenden ist, wenn es sich nur um einen formellrechtlichen Nachtheil handelt, welchem der Beklagte sich durch seine Versäumniß aussetzt und welchen durch nachfolgenden Einspruch zu beseitigen ihm unbenommen ist. Urtheil des O. L. G. zu Jena vom 19. September 1885. Bl. f. Rechtspfl. in Thüringen ꝛc. Bd. 33 S. 176. S. A. Bd. 12 bezw. 42 Nr. 78 S. 111. 112.

§ 579.

§ 579.

Das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei anordnen und dieselbe über die von ihr, von dem Gegner oder von dem Staatsanwalte behaupteten Thatsachen vernehmen.

§ 132.

Ist die zu vernehmende Partei am Erscheinen vor dem Prozeßgerichte verhindert oder hält sie sich in großer Entfernung von dem Sitze desselben auf, so kann die Vernehmung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen.

§ 320.

Gegen die nicht erschienene Partei ist wie gegen einen im Vernehmungstermine nicht erschienenen Zeugen zu verfahren; auf Haft darf nicht erkannt werden.

§§ 345, 346, 355.

§ 580.

§ 580.

Das Gericht kann die Aussetzung des Verfahrens über eine Ehescheidungsklage oder über eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens von Amtswegen anordnen, wenn es die Aussöhnung der Parteien für nicht unwahrscheinlich erachtet.

Auf Grund dieser Bestimmung darf die Aussetzung im Laufe des Rechtsstreits nur einmal und höchstens auf ein Jahr angeordnet werden.

Digitized by Google

Die Aussetzung findet nicht statt, wenn die Ehescheidung auf Grund eines Ehebruchs beantragt ist.

C. P. O. §§ 226, 227.

§ 581.

§ 581.

Zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Ehe kann das Gericht Thatsachen, welche von den Parteien nicht vorgebracht sind, berücksichtigen und die Aufnahme von Beweisen von Amtswegen anordnen. Vor der Entscheidung sind die Parteien zu hören.

§ 597 Abs. 1.

Unstatthaftigkeit einer Eidesleistung über Ehebruchshandlungen nach dem durch Eidesleistung bedingten Endurtheile. Nach § 541 der Civilprozeßordnung kann ein rechtskräftiges Urtheil, unter welchem nach §§ 425 Abs. 2 und 439 der Civilprozeßordnung auch die bedingten Endurtheile begriffen sind, in der Regel nur dann aufgehoben werden, wenn die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage auf Grund der §§ 542 und 543 a. a. O. gestellt ist. Ausnahmen bezüglich des bedingten Endurtheils sind in den §§ 432 und 433 der Civilprozeßordnung enthalten, welche auch für richterliche Eide nach § 439 gelten. Unter dieser Ausnahme befindet sich der vorwürfige Fall nicht. Im § 581 ist dagegen eine Ausnahme in fraglicher Beziehung nicht gemacht: Der § 581 enthält insoferne eine Ausnahmebestimmung, als dem Gerichte zum Zwecke der Aufrechthaltung der Ehe gestattet ist, Thatsachen, welche von den Parteien nicht vorgebracht worden sind, zu berücksichtigen. Ausnahmsbestimmungen müssen auf das Engste ausgelegt werden, und könnte deßhalb nur dann angenommen werden, daß das Gericht auch nach rechtskräftigem bedingten Endurtheile neue Thatsachen von Amtswegen berücksichtigen dürfe, wenn dieses aus dem § 581 unzweifelhaft hervorginge. Dieses ist aber nicht der Fall, im Gegentheil spricht der Umstand, daß daselbst nur von solchen Thatsachen die Rede ist, welche die Parteien nicht vorgebracht haben, nicht aber auch von solchen, welche sie nicht vorbringen konnten, sowie die Stellung des § 581 im sechsten Buche zwischen den Bestimmungen über die Verhandlung auf die Ehescheidungsklage und den Bestimmungen über die Zustellung der Urtheile und die Berufung dagegen. Die Entstehungsgeschichte des § 581 läßt auch darauf schließen, daß das Gericht nur in dem auf die Verhandlung über die Klage ergehenden Urtheile Thatsachen, welche bei dieser Verhandlung von den Parteien nicht geltend gemacht worden sind, berücksichtigen dürfe; denn der § 581 wurde im Reichstage eingefügt, als man in erster Lesung die obligatorische Mitwirkung des Staatsanwaltes abgelehnt hatte. Nachdem in zweiter Lesung diese Mitwirkung fakultativ zugelassen worden war, wurde der § 581 beibehalten, um Vorsorge für den Fall zu treffen, daß der Staatsanwalt nicht mitwirkt. Dem Gerichte wurde hiernach im § 581 keine andere Befugniß eingeräumt, als welche der Staatsanwalt hat. Dieser kann aber nach § 569 der Civilprozeßordnung neue Thatsachen nur bei der Verhandlung über die Klage vorbringen. Es kann also auch das Gericht wegen neuer Thatsachen ein rechtskräftiges bedingtes Endurtheil nicht aufheben. Der § 261 der Prozeßordnung enthält keine Ausnahme, da er lediglich bestimmt, daß zugestandene Thatsachen keines Beweises bedürfen. Dem Erörterten zufolge bleibt es bezüglich der bedingten Endurtheile bei der Regel des § 541, daß sie nur durch Nichtigkeits- oder

Digitized by Google

Restitutionsklage aufgehoben werden können. (B. O. L. 10. VI. 85.) S. XI. (62.) 162—164.

§ 582. **§ 582.**

Urtheile, durch welche auf Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe erkannt ist, sind den Parteien von Amtswegen zuzustellen.

§ 288. § 644 Abs. 2. R. G. v. 6. Febr. 1875 § 55.

1. Nach § 582 C. P. O. sind Urtheile, durch welche auf Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe erkannt ist, den Parteien von Amts wegen zuzustellen. Nach der Tendenz dieser Vorschrift, zu verhüten, daß durch die Abhängigkeit der Rechtskraft vom Betriebe der Zustellung seitens der Parteien die Rechtskraft solcher Urtheile Jahre lang in der Schwebe bleibe, **müssen zu solchen Urtheilen auch diejenigen, einem weiteren Rechtsmittel noch zugänglichen Urtheile gerechnet werden, durch welche ein gegen ein auf Trennung ergangenes Urtheil eingelegtes, die Beseitigung des Ausspruches der Trennung verfolgendes Rechtsmittel zurückgewiesen wird.** (R. G. 21. VI. 82.) R. C. VII. (111.) 363. A. VI. (55.) 235.

2. **Bei der Zustellung von Amts wegen muß die Rechtsmittelfrist für jede der Parteien von der an sie gültig bewirkten Zustellung laufen,** ohne daß es darauf ankommen kann, ob und wann dem Gegner das Urtheil zugestellt worden. Bei der Zustellung des Urtheiles von Amts wegen ist es wohl möglich, daß ein Rechtsmittel mit Wirkung eingelegt wird, obwohl dem Gegner, dem der betreffende Schriftsatz zugestellt wird, das angegriffene Urtheil noch gar nicht zugestellt ist. Es wird alsdann die Nachholung der Zustellung von Amts wegen, bevor es zur mündlichen Verhandlung über die Rechtsmittel kommen kann, zu betreiben sein. Dagegen kann die Partei, der rechtsgültig von Amts wegen zugestellt ist, für den Lauf ihrer Rechtsmittelfrist keinen späteren Ausgangspunkt, als den Zeitpunkt dieser Zustellung, in Anspruch nehmen und sich auch gegenüber der Gegenpartei, an welche die Zustellung von Amts wegen unterblieben, nicht einen späteren Zeitpunkt des Beginnens der Frist dadurch verschaffen, daß sie derselben das Urtheil zustellt. (R. G. 21. VI. 82.) R. C. VII. (111.) 364. A. VI. (55.) 235. 236.

3. **Ein Berufungsurtheil, welches die gegen ein Ehetrennungsurtheil erster Instanz eingelegte Berufung verwirft, muß von Amts wegen zugestellt werden.** (R. G. 15. V. 85.) U. u. A. II. (138.) 286.

4. **Ungültigkeit der von Amts wegen bewirkten Zustellung eines die Ehescheidungsklage abweisenden Urtheils.** (R. G. 27. II. 87.) U. u. A. I. (283.) 461.

5. **Urtheile, durch welche unter Vorbehalt eines Eides auf Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe erkannt ist, sind den Parteien nicht von Amts wegen zuzustellen.** Der § 582 C. P. O. ordnet eine Ausnahme von der allgemeinen Vorschrift des § 288 Abs. 1, daß die Zustellung der Urtheile auf Betreiben der Parteien erfolge, indem er vorschreibt, daß „Urtheile, durch welche auf Trennung oder Nichtigkeit der Ehe erkannt ist, den Parteien von Amts wegen zuzustellen sind". Unter Urtheile der letzteren Art sind nicht auch bedingte Urtheile zu rechnen, welche die schließliche Entscheidung von der Ableistung eines Eides abhängig machen. Zwar sind auch durch Eid bedingte Urtheile nach der Civilprozeßordnung der Rechtskraft fähige Endurtheile (vgl. § 425). Aber sie erledigen ihrer

Digitized by Google

Natur und Bestimmung nach den Prozeß nicht definitiv, erfordern vielmehr noch die Anberaumung eines Schwörungstermins (§§ 425 ff.), eine mündliche Verhandlung und eine Purificatoria, welche ihrerseits erst materiell die Bedeutung eines Endurtheils hat (§ 427 Abs. 2). Seiner ganzen Fassung nach setzt aber der § 582 ein Endurtheil in diesem materiellen Sinne voraus, denn es ist auf Trennung ꝛc. der Ehe noch nicht erkannt, wenn diese Folge noch nicht gewiß ist und jedenfalls erst nach weiteren prozessualischen Vorgängen eintritt. Die auf Anlaß der Reichstags-Kommission eingeschobene Vorschrift soll, wie auch die Motive ergeben, verhindern, daß die Rechtskraft einer Entscheidung über den Bestand der Ehe von der Willkür der Eheleute abhängt. Eine im öffentlichen Interesse zu verhütende Inkongruenz zwischen dem die Ehe aufhebenden Rechtsspruch und seinem Eintritt in rechtliche Wirksamkeit ist aber nur zu besorgen, wenn die Entscheidung eine definitive ist, auch nur hinsichtlich dieser ein Bedürfniß vorhanden, aktenmäßig festzustellen, daß und wann die Rechtskraft eingetreten ist. (R. G. 25. III. 81.) R. C. IV. (110.) 393. 394. A. III. (152.) 540.

6. **Urtheile in Ehesachen, welche nach erfolgter Scheidung nur die Schuldfrage betreffen, sind nicht von Amts wegen zuzustellen.** (R. G. 29. VI. 85.) U. u. A. III. (81.) 198.

7. **Wenn in erster Instanz auf Scheidung der Ehe erkannt wurde und das Berufungsurtheil es nur noch mit Entscheidung der Schuldfrage zu thun hat, so findet die Vorschrift des § 282 der C. P. O.,** wonach „Urtheile, durch welche auf Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe erkannt ist, den Parteien von Amts wegen zuzustellen sind", nach deren Wortlaut und Tendenz (vgl. Annalen Bd. III S. 540, Bd. VI S. 235; Entsch. Bd. IV S. 393, Bd. VII S. 363) **keine Anwendung. Es verbleibt vielmehr für sie bei der Regel des § 288 Abs. 1 C. P. O.,** daß die Zustellung der Urtheile auf Betreiben der Parteien zu erfolgen hat. (R. G. 15. V. 85.) U. u. A. II. (133.) 274.

8. Die Vorschrift des § 582 ist eine dergestalt zwingende, daß die in ihr gebotene Zustellung von Amts wegen **durch eine Zustellung des Urtheils von Anwalt zu Anwalt nicht ersetzt** wird. (G. G. 15. V. 85.) U. u. A. II. (138.) 286.

9. **Die Zustellung des Urtheils kann mittels Uebergabe einer Ausfertigung desselben geschehen.** (R. G. 10. V. 81.) R. C. IV. (122.) 426.

§ 583.

§ 583.

Die Vorschrift des § 252 findet in der Berufungsinstanz keine Anwendung.

§ 584.

§ 584.

In Betreff einstweiliger Verfügungen, insbesondere in den Fällen, wenn ein Ehegatte die Gestattung der vorläufigen Trennung und die Entrichtung von Alimenten beantragt, kommen die Bestimmungen der §§ 815—822 zur Anwendung.

1. **Einstweilige Verfügungen betreffs der Verpflegung und Erziehung der Kinder während des Eheprozesses sind im Eheprozesse zulässig.** Das in der R. C. P. O. § 575 enthaltene Verbot einer Verbindung anderer Klagen mit der Klage auf Ehescheidung, Ungültigkeit der Ehe oder Herstellung des ehelichen Lebens steht diesem nicht entgegen, weil der Antrag auf Erlaß der einstweiligen Verfügung, sowie diese selbst, nicht in Verbindung mit der Scheidungsklage die Anerkennung und Feststellung eines

Digitized by Google

dauernden Rechts auf Pflege und Erziehung der Kinder, sondern gesondert von der Scheidungsklage und nur für die Dauer des Scheidungsprozesses Anordnungen in Betreff der Kinder bezweckt. Aus der R. C. P. O. § 584 wird schon und unmittelbar wegen der allgemeinen und unbeschränkten Fassung eine einstweilige Verfügung auch in Betreff der Kinder während des Ehescheidungsprozesses gerechtfertigt. Auch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, wonach in bestimmten Fällen einstweilige Verfügungen erlassen werden können, sind nach dem Einf.-Ges. zur R. C. P. O. § 16 Nr. 4 bestehen geblieben, folglich ist auch jetzt noch die materielle Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen in Betreff der Erziehung der Kinder während des Ehescheidungsprozesses nach Maßgabe der Allg. Ger. O. Thl. I Tit. 40 §§ 53 ff. anerkannt, und zwar ohne Rücksicht auf den Nachweis der Dringlichkeit und auf den etwaigen Wegfall der nur für den Fall der Aussetzung der Urtheilspublikation gegebenen Bestimmungen des Allgem. Landrechts Thl. II Tit. 1 §§ 727 ff. und der Allgemeinen Gerichtsordnung Thl. I Tit. 40 § 46 in Folge der Vorschriften der R. C. P. O. § 580 und des Preuß. Ausf. Ges. zur R. C. P. O. vom 24. März 1879 § 8. Weder nach der Allg. Ger. O. Thl. I Tit. 40 §§ 53 ff., noch nach der R. C. P. O. §§ 584 und 814 kann es einem Bedenken unterliegen, daß **der Prozeßrichter, nicht aber der Vormundschaftsrichter, zum Erlaß der einstweiligen Verfügung befugt ist**: nur bei bestehender Ehe, deren Trennung nicht in Frage steht, hat nach Allg. L. R. Thl. II Tit. 2 §§ 72 ff. der Vormundschaftsrichter einen Streit über die Erziehung der Kinder unter den Eheleuten zu schlichten. (R. G. 1. XI. 83.) A. VIII. (136.) 507—509.

2. **Das sog. „Interimistikum"** (Entscheidung über Nebenpunkte im Eheprozesse, §§ 575, 584, 816 der R. C. P. O.) **ist von der Voraussetzung der Einleitung des Eheprozesses, mindestens des Sühneverfahrens abhängig.** (R. G. 24. I. 84.) S. hierüber bei § 575 ad A. IX. (82.) 358. 359.

3. Nach § 584 der C. P. O. ist die **Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung** auch bezüglich der Frage, **wo während des Prozesses die Kinder verbleiben sollen und wie viel Alimentengelder event. der Vater für sie zu zahlen habe,** nicht zu bezweifeln, indem das Verbot einer Verbindung der Klage auf definitive Ueberweisung der Kinder an den einen oder anderen der Streittheile (§ 575 Abs. 2, § 587) mit der Ehescheidungs- bezw. Ungültigkeits- oder Nichtigkeitsklage schon nach dem legislatorischen Grunde dieses Verbots, welcher in der Eigenartigkeit des Verfahrens in Ehesachen beruht, nicht zutrifft für die Regelung eines einstweiligen Zustandes, welche nach den im 5. Abschnitt des 8. Buches der C. P. O. gegebenen Vorschriften erfolgt, gleichviel in welcher Prozeßart die Hauptsache verhandelt wird; eine einstweilige Regelung der vorliegenden Frage aber überdies häufig unumgänglich erforderlich wird, und, wie schon bemerkt, im § 584 zugelassen wird (vgl. Seuffert, Komm. zur C. P. O. 2. Aufl. zu § 584). Beschluß des O. L. G. zu Kiel vom 2. Sept. 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 261 S. 375. 376.

4. **Einstweilige Verfügung in Ehesachen wegen Erziehung der Kinder.** Die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen zu solchem Zweck während des Ehescheidungsprozesses ist durch die Vorschrift in § 584, wonach für das

Digitized by Google

Verfahren in Ehesachen in Betreff einstweiliger Verfügungen die allgemeinen Bestimmungen der §§ 815—822 zur Anwendung kommen, im Zusammenhalt mit der dem richterlichen Ermessen bezüglich der Frage, ob eine einstweilige Verfügung nöthig erscheint, freien Spielraum gewährenden Vorschrift des § 819 außer Zweifel gestellt. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 26. August 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 172 S. 239. S. XI. (189.) 479 ff.

5. **Die Artt. 268. 269 Code civil sind durch § 584 C. P. O. nicht aufgehoben.** Im § 584 ist nur bestimmt, daß in Betreff einstweiliger Verfügungen, insbesondere in den Fällen, wenn ein Ehegatte die Gestattung der vorläufigen Trennung und die Entrichtung von Alimenten beantragt, die §§ 815—822 C. P. O. zur Anwendung kommen; **dagegen besagt § 16 Ziff. 4 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung, daß die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, nach welchen in bestimmten Fällen einstweilige Verfügungen erlassen werden können, unberührt bleiben sollen. Daraus ergibt sich, daß zwar für das Verfahren über einen Antrag auf zeitweilige Trennung die für einstweilige Verfügungen geltenden Vorschriften Anwendung zu finden haben, daß jedoch für die Vorfrage, ob eine Trennung statthaft sei, das materielle Eherecht des betreffenden Rechtsgebietes entscheidet.** Das sog. Interimistikum wird, wie die Kommentatoren nahezu übereinstimmend aussprechen, im Wege der einstweiligen Verfügung geordnet, ohne daß jedoch, wie namentlich Bülow S. 444 und Petersen 2. Aufl. S. 841 hervorheben, die dem bürgerlichen Rechte angehörigen Vorschriften aufgehoben sind. **Dies hat beispielsweise die Folge, daß im Gebiete des rheinischen Rechtes (Art. 268 Code civil) und des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches (§ 1753) die Gerichte daran festzuhalten haben, daß während des Ehescheidungsverfahrens die zeitliche Trennung gestattet werden müsse, wogegen im Gebiete des preußischen Allg. Landrechtes (§ 723 II. 1) davon auszugehen ist, daß während des Scheidungsprozesses kein Theil sich wider den Willen des anderen eigenmächtig von demselben absondern könne, sodaß in diesem Rechtsgebiete die einstweilige Verfügung erst nach Beibringung der in § 724 A. L. R. II. 1 erwähnten Bescheinigung zu erlassen ist.** Ebenso ist bei Erlassung der einstweiligen Verfügung auf Grund des Art. 268 Code civil daran festzuhalten, daß in derselben das Gericht das Haus zu bestimmen hat, in welchem die Frau verpflichtet ist (sera tenue), sich aufzuhalten. (R. G. 13. II. 83.) R. C. VIII. (81.) 311—314. A. VII. (130.) 405—408.

Nichtigkeitsklage.

§ 585. § 585.

Für die Nichtigkeitsklage gelten die in den nachfolgenden Paragraphen enthaltenen besonderen Vorschriften.

§ 586. § 586.

Die Klage kann auch von der Staatsanwaltschaft erhoben werden. Inwiefern zur Erhebung der Klage ein Ehegatte oder ein Dritter befugt ist, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

Die von dem Staatsanwalt oder einem Dritten erhobene Klage ist gegen beide Ehegatten, die von einem Ehegatten erhobene Klage ist gegen den andern Ehegatten zu richten.

§§ 568, 569, 574—579, 581—584. R.-Ehe-G. §§ 36—38.

Digitized by Google

1. Die eine Klage auf Nichtigkeitserklärung einer Ehe nach § 586 C. P. O. erhebende Staatsanwaltschaft nimmt die Stellung als Partei mit denselben durch ihre Organisation bedingten und gesetzlich geregelten Befugnissen ein, wie solche von ihr als Partei, sei es als Klägerin oder als Beklagte, in einem die Anfechtung eines Entmündigungsbeschlusses betreffenden Verfahren auszuüben sind, und die Folgen, welche aus § 143 G. V. G. für die Vertheilung der Parteirolle unter die verschiedenen Behörden der Staatsanwaltschaft nach dem Instanzenzuge abgeleitet werden müssen, greifen bei Klagen der vorliegenden Art ebenso Platz, wie bei den Entmündigungsanfechtungen. Die — hierauf bezügliche — Ausführung in dem Revisionsurtheile vom 16. Mai 1887 ist daher für die Vertretung der Staatsanwaltschaft in den verschiedenen Instanzen auch in dem vorliegenden Prozesse maßgebend und danach **der Oberreichsanwalt ausschließlich derjenige Beamte, welcher in eigener Person oder durch einen der ihm beigeordneten Reichsanwälte (§ 145 G. V. G.) in diesem Prozesse für die Revisionsinstanz die Befugnisse der Staatsanwaltschaft auszuüben und die Rolle einer Partei zu übernehmen befugt ist.** Die Einlegung des Rechtsmittels gehört zum Betriebe der höheren Instanz, wie ebenfalls in dem Urtheile vom 16. Mai 1887 allgemein ausgesprochen ist, und es ist unerheblich, daß es sich dort um die Zustellung der Revisionsschrift an die Staatsanwaltschaft als Revisionsbeklagte gehandelt hat, während hier der Oberstaatsanwalt als Revisionskläger die Revision eingelegt hat. Mag der Oberstaatsanwalt derjenige sein, welcher durch das Berufungsurtheil beschwert worden ist, so folgt hieraus für ihn nicht das Recht, einen Prozeßakt vorzunehmen, zu welchem ausschließlich der Oberreichsanwalt berufen ist, und seine Sache ist es, wenn er die Revisionsinstanz zu beschreiten Veranlassung findet, die erforderlichen Anträge bei der für die Geschäfte beim Reichsgerichte eingesetzten staatsanwaltlichen Behörde zu stellen, damit diese den Prozeß bei dem Reichsgerichte in Gang bringt und die Revision nach Vorschrift der §§ 514 ff. C. P. O. einlegt. (R. G. 16. V. 87.) R. C. XVIII. (94.) 407. 408.

2. **Der Kurator eines Wahnsinnigen oder Schwachsinnigen ist berechtigt, in dessen Namen ohne Rücksicht auf dessen eigenen Willen eine Klage auf Ungültigkeitserklärung der von dem Kuranden in willensunfähigem Zustande eingegangenen Ehe anzustellen.** Wie nach gemeinem Rechte (vgl. L. 7 pr. Dig. de curator 27, 10), so nach manchem Partikularrechte wird allerdings durch die dem Kurator eines Wahnsinnigen oder Schwachsinnigen zustehende Berechtigung und Verpflichtung, auch für die Person des Kuranden Sorge zu tragen und dieselbe zu vertreten, nicht ausgeschlossen, daß gewisse höchst persönliche Rechte der Ausübung seitens des Kurators als des gesetzlichen Vertreters entzogen sind. Auch liegt es in dem Charakter der Ehe als der innigsten Lebensgemeinschaft von vorzugsweise für die Person der Ehegatten hervortretender Bedeutung, daß in den die Ehe betreffenden Fragen in der Regel die Vertretung des Willens der Betheiligten durch andere Personen unzulässig ist. Es kann somit ein Vormund oder Kurator für seinen Mündel oder Kuranden ebensowenig eine Ehe schließen, als ohne dessen Willen auf Scheidung einer geschlossenen Ehe klagen. (Entsch. in Civils. Bd. 6 S. 157 ff.) **Dieser für die Klage auf Ehescheidung geltende Grundsatz läßt sich aber nicht allgemein**

Digitized by Google

auch für die Klage auf Ungültigkeits- oder Nichtigkeits-Erklärung einer Ehe anwenden. Allerdings wohnt solchen Ehen, welchen ein impedimentum dirimens privatum oder publicum entgegensteht, wenn sie nur in der gesetzlichen Form eingegangen sind, insofern eine gewisse Rechtswirksamkeit bei, als ihre Trennung nur mittels eines von dem dazu Berechtigten zu erwirkenden richterlichen Urtheiles herbeigeführt werden kann, und als es bei impedimentis privatis demjenigen Ehegatten, welcher zu deren Geltendmachung berechtigt sein würde, freisteht, darauf zu verzichten, es mithin lediglich von dem Willen des betreffenden Ehegatten abhängt, ob die Aufhebung der Ehe aus einem solchen Grunde herbeigeführt werden soll oder nicht. Eine gewisse Aehnlichkeit zwischen den privaten Ehehindernissen und den Ehescheidungsgründen ist daher nicht zu verkennen, und eine hieraus zu ziehende Schlußfolgerung, daß der Kurator eines Ehegatten im Namen seines Kuranden ohne dessen Einwilligung auch zur Anstellung einer Ungültigkeitsklage für berechtigt nicht zu erachten sei, ist an sich schon aus dem Grunde nicht unbeachtlich, weil durch die Geltendmachung des Ungültigkeitsgrundes seitens des Kurators dem von ihm vertretenen Ehegatten die Möglichkeit eines Verzichtes auf denselben allerdings abgeschnitten wird. Auch hat das vormalige Obertribunal zu Berlin (vgl. Seuffert, Archiv Bd. 31 Nr. 248) sich in diesem Sinne ausgesprochen, indem es aus dem Wesen der Ehe, welche nicht eine bloße Vertragsnatur habe, sondern auf sittlicher und rechtlicher Ordnung beruhe, folgert, daß der Vormund als Vertreter und im Namen seines Pflegebefohlenen ohne dessen Einverständniß ebensowenig die Ungültigkeitserklärung als die Scheidung einer von demselben eingegangenen Ehe durch richterlichen Ausspruch zu beantragen befugt sei. Ebenso vertritt Bartels, Ehe- und Verlöbnißrecht ꝛc. S. 389, diese Ansicht, wobei jedoch zu bemerken ist, daß er den hier in Frage stehenden Mangel der Willensfähigkeit bei Eingehung der Ehe zu den öffentlich trennenden Ehehindernissen rechnet und sich mit Bestimmtheit nur dafür ausspricht, daß dem curator furiosi nicht die Befugniß zustehe, private Hindernisse klagend geltend zu machen. Auf der anderen Seite ergibt sich jedoch zwischen der Geltendmachung von Ehescheidungsgründen und der Anstellung der Ungültigkeits- oder Nichtigkeitsklage ein rechtlich sehr bedeutender Unterschied. Denn die ersteren setzen eine an sich rechtsgültige und unstreitig bestehende Ehe voraus, welche wegen einer erst nach ihrer Entstehung eingetretenen Thatsache ex nunc aufgehoben werden soll, während die trennenden Ehehindernisse auf einem schon die Entstehung der Ehe begleitenden Thatbestande beruhen und es sich bei ihnen um die Frage handelt, ob wirklich eine definitiv zu Recht bestehende Ehe vorhanden ist oder nur ein wegen Wahrung der äußeren Form der Eheschließung vorläufig — bis zur richterlichen Deklarirung des Gegentheils — zu respektirendes Verhältniß vorliegt, welchem schon von vornherein nur der äußere Schein einer rechtlich gültigen Ehe beiwohnt, welches aber, wie sich nachträglich ergibt, als Ehe wegen des dieser entgegenstehenden rechtlichen Hindernisses (abgesehen von einer etwaigen Konvaleszenz) niemals bestanden hat und bestehen konnte. Handelt es sich aber um Anstellung einer Klage, in Folge deren erst festgestellt werden soll, ob eine dem äußeren Scheine nach bestehende Ehe auch materiell zu Recht besteht, so läßt dies die Analogie der Klage auf

Digitized by Google

Scheidung der Ehe in Betreff der hier zu entscheidenden Frage als sehr bedenklich erscheinen, da eben noch ungewiß ist, ob das höchst persönliche Verhältniß, welches durch die Ehe begründet wird, zwischen dem Kuranden und dessen scheinbarem Ehegatten in Wirklichkeit existirt. Es kann indessen dahingestellt bleiben, wie diese Frage, wenn es sich um die klagweise Anfechtung der Ehe wegen Irrthums, Betruges oder Zwanges handelt, zu entscheiden sein würde. Für den hier vorliegenden Fall einer auf die dauernde Willensunfähigkeit des Kuranden bei Abschließung der Ehe gegründeten Klage ist sie jedenfalls zu bejahen, der Kurator mithin zur Anstellung einer solchen Klage an sich für befugt zu erachten. Denn sowohl nach dem kirchlichen Rechte als nach § 28 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 ist zur Schließung einer Ehe die Einwilligung beider Theile erforderlich. Eine wegen Wahnsinnes oder Schwachsinnes willensunfähige Person kann daher rechtlich eine Ehe überhaupt nicht eingehen, und ebensowenig kann sie eben wegen des Mangels der Willensfähigkeit diesen Mangel durch nachträglichen Konsens heilen oder auf dessen Geltendmachung verzichten, solange der Zustand der Geistesschwäche bei ihr fortdauert. Letzteres ist aber anzunehmen, solange die dieserhalb angeordnete Kuratel besteht. Die bloße Möglichkeit einer Wiedererlangung der Willensfähigkeit und der eigenen Entschließung darüber, ob die an sich ungültige Ehe etwa konvalesziren solle, kann nicht in Betracht kommen gegenüber der Thatsache, daß bei der bestehenden Sachlage eine Sanirung der rechtsungültigen Ehe ausgeschlossen ist, und gegenüber der Rücksicht darauf, daß doch nothwendig ein Mittel gefunden werden muß, im Interesse des zur eigenen Vertretung seiner Angelegenheiten von vornherein niemals befähigt gewesenen Kuranden die Ungültigkeit der Ehe geltend zu machen, da das Gesetz nicht wollen kann, daß ein an sich nur thatsächliches Verhältniß, welchem die wesentlichste Voraussetzung einer Ehe — der Konsens — mangelt, nur deßhalb bis zum Tode der scheinbaren Ehegatten aufrecht erhalten werden soll, weil es zur Auflösung dieses thatsächlichen Verhältnisses einer Feststellung und Erklärung der Ungültigkeit seitens des Gerichtes bedarf und der Betheiligte persönlich außer Stande ist, diese herbeizuführen. Da im Privatrechte die Zulässigkeit der Vertretung die Regel bildet, erscheint es unbedenklich, auch für das vorliegende Verhältniß eine Vertretung desjenigen, der zu seiner eigenen Vertretung unfähig ist, durch seinen Kurator zu gestatten. Auch das im Wesentlichen auf gemeinrechtlicher Grundlage beruhende bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, nach welchem (vgl. § 1621) das hier in Frage stehende Ehehinderniß nicht etwa auch von Amts wegen geltend gemacht werden kann, legt in § 1623, vgl. mit § 1592, im Falle einer durch eine des Vernunftsgebrauchs beraubte Person geschlossenen Ehe den Vormündern der handlungsunfähigen Person die Befugniß bei, die Ehe anzufechten. Es ist dies auch nicht etwa eine erst neu eingeführte Bestimmung, da nach von Hartitzsch das im Königreich Sachsen geltende Eherecht § 36 (1836 erschienen) in Sachsen auch schon vorher bei einer im Zustande der Willensunfähigkeit eingegangenen Ehe nicht nur (nach Wiedererlangung des Vernunftgebrauchs) die betreffende Person selbst, sondern in ihrem Namen auch der bestellte Zustandsvormund die Nichtigkeitserklärung der Ehe beantragen konnte, in welchem Sinne auch das in den Annalen des

Digitized by Google

Königl. sächsischen O. A. G.'s Dresden, Neue Folge Bd. 4 S. 560 ff., erwähnte Gutachten des damaligen Appellationsgerichtes zu Dresden vom 23. Juli 1808 ergangen zu sein scheint. Es fällt dies um so mehr in's Gewicht, als die sächsische Doktrin und Rechtsprechung für das protestantische Eherecht von hervorragender Bedeutung gewesen ist. — Auch beim Vorliegen eines impedimentum publicum bedarf es ebenfalls einer Entscheidung, welche die Ehe für nichtig erklärt, und insofern als diese von einem der Ehegatten oder von einer nach dem betreffenden bürgerlichen Rechte (vgl. C. P. O. § 586) dazu berechtigten dritten Privatperson beantragt wird, ist allerdings der Wille dieser Person für die Auflösung der Ehe auch in diesem Falle nicht ohne Bedeutung. Da aber hier die Anfechtung der Ehe auch von Amts wegen geschehen kann, entweder durch Erhebung der Klage seitens der Staatsanwaltschaft oder durch Betreibung einer von einer anderen Person angestellten Klage (vgl. C. P. O. §§ 586 und 589), so kann man unmöglich sagen, daß es sich bei der Geltendmachung eines impedimentum publicum um die Ausübung eines Rechts von „höchst persönlichem" Charakter handelt, und es liegt durchaus kein Grund vor, hier dem Kurator, welcher im Uebrigen den betheiligten Ehegatten gesetzlich zu vertreten hat, die Legitimation abzusprechen, während sogar den Organen des Staates, bezw. auch Privatpersonen, bei welchen das persönliche, durch die Ehe begründete Verhältniß fehlt, wenn sie nur ein anderes rechtliches Interesse an der Sache haben, das Recht der Anfechtung der Ehe zusteht. (R. G. 28. III. 83.) R. C. IX. (58.) 219 bis 225. (R. C. IX. (57.) 212 ff.)

3. **Reassumtion der Nichtigkeitsklage.** Die Reassumtion einer Klage seitens der Erben ist allerdings nur möglich, wenn das geltend gemachte Klagerecht vererblich ist. Auch ist die Vererblichkeit im Allgemeinen auf Vermögensrechte beschränkt. Dagegen ist es zur Vererblichkeit einer Klage nicht unbedingt erforderlich, daß durch die Klage bereits ein vermögensrechtlicher Anspruch geltend gemacht war. Vielmehr genügt es, daß sich an die Klage, wenngleich dieselbe nicht unmittelbar auf eine vermögensrechtliche Leistung gerichtet ist, ein vermögensrechtliches Interesse knüpft. Für die sog. Statusklagen des römischen Rechts ist dies anerkannt in der l. 3 Cod. de statu defunct. 7, 21, nach welcher Stelle der Rechtsstreit über den Status eines Verstorbenen von dessen Wittwe fortgesetzt werden kann, weil auch nach dessen Tode „causa propter emolumentum successionis durat". Ueberhaupt ist es die Regel, daß alle privatrechtlichen Klagen nach dem Beginne des Prozesses auf die Erben des Klägers übergehen, von welcher Regel nur diejenigen Ansprüche eine Ausnahme machen, welche durch ihren Inhalt höchst persönlicher Natur bezw. an eine bestimmte Person geknüpft sind und daher durch den Tod der betreffenden Person gegenstandslos werden, z. B. der Anspruch auf Eingehung oder Scheidung einer Ehe. Zu diesen Klagen gehört aber die auf die Erklärung der Nichtigkeit einer Ehe gerichtete Klage nicht, da die Wirkungen einer solchen Klage, wenngleich dieselben in diesem Prozesse noch nicht geltend gemacht sind, über den Tod der ursprünglichen Parteien hinaus auch für deren Erben von rechtlichem Interesse bleiben und mithin nicht als durch den Tod erledigt erscheinen. Auch läßt sich nicht behaupten, daß wegen des dem Institute der Ehe beiwohnenden sittlichen und religiösen Momen-

Digitized by Google

tes eine Klage auf Annullirung der Ehe als ein höchst persönliches, seiner Natur nach des Ueberganges auf die Erben unfähiges, Recht sei. Denn auch das kanonische Recht erklärt in c. 11. X qui filii sint legitimi 4, 17 die Anfechtung der Legitimität der Kinder wegen Ungültigkeit der Ehe ihrer Eltern nach deren Tode nur dann für unzulässig, quum . . . matrimonium fuisset legitime celebratum et quamdiu vixerunt, quiete permanserunt, woraus zu folgern ist, daß ein schon bei Lebzeiten der Eltern über die Rechtsbeständigkeit der Ehe begonnener Rechtsstreit auch nach dem Tode eines der Ehegatten fortgesetzt werden kann. Ob gemeinrechtlich die Erben eines verstorbenen Ehegatten wegen ihres unzweifelhaften Interesses auch aus eigenem Rechte die Ehe desselben selbständig anfechten können, wie dies nach preußischem Rechte unter Umständen gestattet ist (vgl. Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts 2. Aufl. Bd. 3 § 96), kann hier dahingestellt bleiben. Für die gemeinrechtliche Statthaftigkeit der Vererbung einer bereits angestellten Annulirungsklage hat sich auch das vormalige Oberappellationsgericht Lübeck wegen des mit der Klage verknüpften vermögensrechtlichen Interesses in der schon vom Berufungsrichter angezogenen Entscheidung (vgl. Römer, Sammlung Bd. 2 S. 391 und 392) unter Bezugnahme auf gemeinrechtliche Autoritäten ausgesprochen. Daß in jenem Falle mit der Klage auf Annullirung der Ehe auch bereits praktische vermögensrechtliche Ansprüche, welche sich aus dem Nichtbestande der Ehe ergaben, verbunden waren, kann um so weniger für erheblich erachtet werden, als diese Verbindung dem Kläger nach dem heutigen Prozeßrechte unmöglich gemacht ist, während doch nicht angenommen werden kann, daß durch diese prozessuale Bestimmung in die dem materiellen Rechte angehörende Frage der Vererblichkeit der Eheklagen hat eingegriffen werden sollen. — **Ein überhaupt vererblicher Anspruch kann aber von jedem einzelnen Erben unabhängig von der Theilnahme seiner Miterben verfolgt werden.** (R. G. 21. VI. 82.) R. C. IX. (57.) 216—218. A. VI. (85.) 383—385. (R. C. IX. (58.) 219 ff.)

§ 587. **§ 587.**

Mit der Nichtigkeitsklage kann eine andere Klage nicht verbunden werden.
Eine Widerklage ist nur statthaft, wenn sie eine Nichtigkeitsklage ist.
§§ 575 Abs. 2, 139.

§ 588. **§ 588.**

So lange die Ehegatten leben, kann die Nichtigkeit einer Ehe aus einem Grunde, welcher auch von Amtswegen geltend gemacht werden kann, nur auf Grund einer Nichtigkeitsklage ausgesprochen werden.

Der § 588 C. P. O. bestimmt, daß die Nichtigkeit einer Ehe, so lange die Eheleute leben, aus einem von Amts wegen geltend zu machenden Grunde nur auf Grund einer Nichtigkeitsklage ausgesprochen werden kann. **Bis in dem auf diese Klage eingeleiteten Verfahren die Ehe durch rechtskräftiges Urtheil für nichtig erklärt ist, gilt eine formell gültig geschlossene Ehe, auch wenn ihr materiell die rechtlichen Voraussetzungen fehlen, für eine wahre Ehe und verliert den Charakter einer solchen erst durch das rechtskräftige Urtheil.** (R. G. 17. X. 82.) R. St. VII. (42.) 136.

§ 589. **§ 589.**

Der Staatsanwalt kann, auch wenn er die Klage nicht erhoben hat, den Rechtsstreit betreiben, insbesondere selbständig Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen.

Digitized by Google

§ 590.

§ 590.

Wird ein Rechtsmittel von dem Staatsanwalt oder einer Privatpartei eingelegt, so sind im ersteren Falle die Privatparteien, im letzteren Falle die übrigen Privatparteien und der Staatsanwalt, sofern derselbe Partei ist, für das Rechtsmittelverfahren als die Gegner anzusehen.

§ 586 Abs. 2.

§ 591.

§ 591.

In den Fällen, in welchen der als Partei auftretende Staatsanwalt unterliegt, ist die Staatskasse zur Erstattung der dem obsiegenden Gegner erwachsenen Kosten in Gemäßheit der Bestimmungen des fünften Titels des zweiten Abschnitts des ersten Buchs zu verurtheilen.

§§ 87, 98, 100.

§ 592.

§ 592.

Im Sinne dieses Abschnitts ist unter Ehescheidungsklage zu verstehen die Klage auf Auflösung des Bandes der Ehe oder auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett; unter Ungültigkeitsklage die Klage auf Anfechtung einer Ehe aus irgend einem Grunde, welcher nicht von Amtswegen geltend gemacht werden kann; unter Nichtigkeitsklage die Klage auf Anfechtung einer Ehe aus einem Grunde, welcher auch von Amtswegen geltend gemacht werden kann.

Klagen auf lebenslängliche Trennung von Tisch und Bett sind unzulässig. R. Ehe-G. § 77.

1. **In dem Klagantrage auf Scheidung der Ehe dem Bande nach ist der Antrag auf Trennung von Tisch und Bett von selbst enthalten.** (R. G. 29. V. 83.) S. hierüber bei § 575 ad R. C. XI. (110.) 414. 415.

2. **Ausländische Ehegatten haben nicht das Recht, das Gericht ihres deutschen Wohnsitzes um ihre beständige Trennung von Tisch und Bett anzugehen.** Wäre dies der Fall, so wäre für solche Ehestreitigkeiten der Gerichtsstand und das Verfahren festzusetzen gewesen. Das ist jedoch nicht geschehen. Der Abschn. 1 Buch 6 C. P. O. bestimmt erschöpfend, welcherlei Eheklagen bei deutschen Gerichten anhängig gemacht werden dürfen. Zugelassen sind nur die im ersten Satze des § 568, verbunden mit § 592 a. a. O. bezeichneten; Klagen auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett gehören nicht dazu. Sie wurden bei der Berathung des Entwurfes (§ 267) absichtlich, und zwar im Hinblicke auf § 77 des Gesetzes vom 6. Februar 1875, ausgeschieden, was nicht möglich war, wenn der Gesetzgeber die Verhandlung derartiger Klagen für Ausländer hätte gestatten wollen. Nicht von Belang erscheint der Mangel einer Andeutung darüber, daß die Reichstagskommission bei der zu § 567 des Entwurfes beschlossenen Aenderung an die Ausländer gedacht habe, welche nach ihrem Heimathsrechte nicht vom Bande geschieden werden dürfen. Ebensowenig kann nach den Begriffsbestimmungen des § 592 C. P. O. die Ansicht Eingang finden, der Ausdruck „Trennung" in § 568 C. P. O. umfasse auch die dauernde Trennung von Tisch und Bett. Für die Klage darauf gibt es daher gegenwärtig im Deutschen Reiche keinen Gerichtsstand mehr. Sie fällt nicht in den Geschäftskreis der Landgerichte. Andere Gerichte aber dürfen sich mit streitigen Ehesachen nicht befassen. (§ 76 des Gesetzes vom 6. Februar 1875; § 15 Abs. 3 G. V. G.; § 568 Abs. 1 C. P. O.) Somit können bei Klagen auf beständige Trennung von Tisch und Bett die Prozedurvorschriften der Civilprozeßordnung nicht einmal entsprechend angewendet werden. Die Civilprozeßordnung hatte allerdings zunächst nur prozessuale Bestimmungen zu treffen und Grundsätze über die sachliche Beurtheilung von Ehestreitigkeiten nicht aufzustellen.

Digitized by Google

Gleichwohl wird aber das materielle Ehescheidungsrecht durch die neueren Prozeßgesetze insofern mittelbar berührt, als vordem begründet gewesene Eheklagen, denen der deutlich erklärte Wille des Gesetzgebers die Füglichkeit gerichtlicher Verfolgung abschneidet, nunmehr gerade damit auch jeden Rechtsgrund verloren haben. **Wie aber deutsche Gerichte Klaganträge auf beständige Trennung von Tisch und Bett in allen Fällen zurückgewiesen haben, so dürfen sie auch nicht ungebeten an die Stelle der beantragten Auflösung des Bandes der Ehe die beständige Trennung von Tisch und Bett setzen.** Dem steht schon das Verbot des § 77 a. a. O. entgegen. (R. G. 22. IV. 84.) R. C. XI. (9.) 32. 33.

Zweiter Abschnitt.

Verfahren in Entmündigungssachen.

I. Wegen Geisteskranke.

1. Entmündigung.

§ 593. **§ 593.**

Eine Person kann für geisteskrank (wahnsinnig, blödsinnig u. s. w.) nur durch Beschluß des Amtsgerichts erklärt werden.

Der Beschluß wird nur auf Antrag erlassen.

E. G. z. C. P. O. § 10. Ger. K. G. § 34. Nr. 2. G. V. G. § 172.

1. Da die Civilprozeßordnung keine Vorschriften darüber enthält, **unter welchen Voraussetzungen eine Person für geisteskrank erklärt und eine Vormundschaft für sie angeordnet werden kann,** so ist für diese Frage das in jedem Falle in Betracht kommende bürgerliche Recht maßgebend. (Nach gemeinem Rechte sind nicht allein Personen, welche vollkommen willensunfähig sind, sondern auch solche Personen, welche an einer krankhaften Unvollkommenheit ihrer Geisteskräfte, an Geistesschwäche in so hohem Grade leiden, daß sie die Bedeutung der von ihnen einzugehenden Rechtsgeschäfte nicht zu erkennen vermögen und unfähig sind, ihre Angelegenheiten selbständig zu besorgen, insbesondere ihr Vermögen selbständig zu verwalten, unter Vormundschaft zu stellen. Schon nach den Vorschriften des römischen Rechts wird nicht nur für die furiosi und dementes, sondern auch für die mente capti und fatui, „quia rebus suis superesse non possunt“, ein Kurator bestellt (vgl. §§ 3. 4 I. de cur. 1, 23; l. 1 § 11. l. 2 Dig. de postul. 3, 1; l. 2 Dig. de curat. 27, 10; l. 19 § 1. l. 21. l. 22 Dig. de reb. auct. jud. 42, 5), und nach der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis wird eine Vormundschaft angeordnet, wenn die Geistesschwäche einer Person einen solchen Grad erreicht, daß dieselbe in Bezug auf Ueberlegung und Willensbestimmung nicht diejenige Fähigkeit besitzt, welche zur selbständigen Besorgung ihrer Angelegenheiten, insbesondere zur Verwaltung ihrer Vermögensangelegenheiten nothwendig vorausgesetzt werden muß.) — (R. G. 1. XII. 85.) R. C. XIV. (60.) 248. 249.

Digitized by Google

2. Wenngleich nach § 593 C. P. O. in dem Endmündigungsbeschlusse die für erwiesen erachtete Form der Geisteskrankheit bezeichnet werden kann, und diese Bezeichnung überall da zu erfolgen hat, wo — wie im Gebiete des preußischen Allgemeinen Landrechts (vgl. §§ 27 ff. I. 1, §§ 23 ff. I. 4) — die Art der Geisteskrankheit auf die Gestaltung des materiellen Rechtes von Einfluß ist, so wird man es doch in Berücksichtigung des eigentlichen Zweckes des Entmündigungsverfahrens, welcher in der formellen Feststellung der Handlungsunfähigkeit besteht, **nicht** für **angängig** erachten können, **gegen eine bereits wegen Geisteskrankheit entmündigte Person ein neues Entmündigungsverfahren zum Behufe der Feststellung einer anderen Krankheitsform einzuleiten und durchzuführen,** obwohl die unterbrochene Fortdauer einer die Handlungsfähigkeit ausschließenden Geisteskrankheit außer Zweifel steht. (R. G. 12. VII. 86.) R. C. XVI. (55. 236.

3. **Durch ein Urtheil, welches eine Person für geisteskrank erklärt, wird zugleich deren Entmündigung ausgesprochen.** Schon der Inhalt des § 593 der Civilprozeßordnung deutet genügend an, daß im Entmündigungsverfahren die Erklärung einer Person für geisteskrank als die geeignete Formulirung des die Entmündigung aussprechenden Beschlusses zu betrachten sei. Nach den Motiven zu den §§ 593 bis 627 der Civilprozeßordnung (§§ 568 bis 580 des Entwurfes) werden die materiellen Voraussetzungen, unter denen Geisteskrankheiten von rechtlichen Folgen begleitet sind, sowie diese Folgen selbst durch das bürgerliche Recht bestimmt. Demnach muß, falls Jemand im Entmündigungsverfahren für geisteskrank erklärt werden soll, ein solches geistiges Gebrechen festgestellt sein, welches die damit behaftete Person nach dem einschlagenden bürgerlichen Rechte entweder ganz oder theilweise handlungsunfähig oder einer Bevormundung bedürftig erscheinen läßt. (B. O. L. 2. I. 84.) S. X. (101.) 273. 274.

§ 594. § 594.

Das Amtsgericht, bei welchem der zu Entmündigende seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ist ausschließlich zuständig.

Gegen einen Deutschen, welcher seinen Wohnsitz nur im Auslande hat, kann der Antrag bei dem Amtsgerichte seines letzten Wohnsitzes im Deutschen Reich gestellt werden.

§§ 12, 13, 21, 621.

§ 595. § 595.

Der Antrag kann von dem Ehegatten, einem Verwandten oder dem Vormunde des zu Entmündigenden gestellt werden. Gegen eine Ehefrau kann nur von dem Ehemanne, gegen eine Person, welche unter väterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, nur von dem Vater oder dem Vormunde der Antrag gestellt werden. Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, nach welchen noch andere Personen den Antrag stellen können, bleiben unberührt.

In allen Fällen ist auch der Staatsanwalt bei dem vorgesetzten Landgerichte zur Stellung des Antrags befugt.

§§ 605, 607, 621.

1. Wenn ein Reichsgesetz eine Materie vollständig regeln will, so sind Landesgesetze zur Ergänzung des Reichsgesetzes nicht zulässig, die Autonomie der Einzelstaaten ist vielmehr für die durch ein solches Reichsgesetz geregelte Rechtsmaterie ausgeschlossen. Die Civilprozeßordnung will aber die Frage, welche Personen berechtigt sind, den Antrag zu stellen, eine Person für geisteskrank oder für einen Verschwender zu erklären,

Digitized by Google

nicht vollständig regeln, den Kreis dieser Personen nicht abschließend begrenzen, sondern sie verweist ausdrücklich auf die Landesgesetze als Ergänzung ihrer Bestimmungen, indem im § 595 (auf welchen § 621 Bezug nimmt) gesagt wird: **„Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes,** nach welchen noch andere Personen den Antrag stellen können, bleiben unberührt." R. C. VII. (105.) 347. Durch die auch in anderen Reichsgesetzen sich findende Vorschrift, daß gewisse landesgesetzliche Bestimmungen durch das Reichsgesetz **„unberührt bleiben"**, wird zu erkennen gegeben, daß eine umfassende, abschließende Regelung durch die Reichsgesetzgebung nicht beabsichtigt wird. Wenngleich nun diese Formel ihrem Wortlaute nach nur auf die zur Zeit der Emanation des betreffenden Reichsgesetzes bereits bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften sich bezieht, so darf doch, wenn nicht besondere, diese Annahme ausschließende Bedenken entgegenstehen, angenommen werden, daß auch in Zukunft eine Ergänzung der reichsgesetzlichen Vorschriften durch die Landesgesetzgebung nicht ausgeschlossen sein solle. (R. G. 30. VI. 82.) R. C. VII. (105.) 348. A. VI. (59.) 242. 243. (R. C. VII. (121.) 401.)

2. **Daraus, daß eine Vorschrift in einem zur Ausführung der Civilprozeßordnung erlassenen Landesgesetze sich befindet, ist nicht zu folgern, daß sie als eine Bestimmung „des bürgerlichen Rechtes" nicht anzusehen sei.** Denn für die Frage, ob eine Bestimmung des bürgerlichen Rechtes vorliegt, ist es an sich irrelevant, in welchem Gesetze diese Vorschrift sich befindet, ob in dem Civilgesetzbuche oder in der Prozeßordnung und den an sie sich anschließenden Gesetzen oder in sonstigen Rechtsquellen, maßgebend ist vielmehr für die Beantwortung dieser Frage der Inhalt der betreffenden Vorschrift. **Unter „dem bürgerlichen Rechte" ist** aber in § 595 **das materielle Recht im Gegensatze zum Prozeßrechte zu verstehen.** (R. G. 30. VI. 82.) R. C. VII. (105.) 348. A. VI. (59.) 243.

3. **Die Schlußbestimmung des § 595 Abs. 1 ist nicht lediglich auf solche Fälle zu beziehen, in denen die Befugniß zur Stellung des Entmündigungsantrages auf einem bestimmten privatrechtlichen Verhältnisse beruht;** insbesondere wird eine solche beschränktere Auslegung nicht dadurch gerechtfertigt, daß in den Motiven zu § 595 als einziges Beispiel der Vertragserbe (A. L. R. I. 12. § 626) erwähnt ist. (R. G. 30. VI. 82.) R. C. VII. (105.) 348. 349. A. VI. (59.) 243. 244.

4. **Wenn während der Durchführung der Klage eines Ehemannes auf Aufhebung einer von seiner Frau gegen ihn erwirkten Entmündigung die Ehe zwischen diesen Personen dem Bande nach rechtskräftig getrennt worden ist, so erscheint die vormalige Ehefrau zum weiteren Betriebe jenes Rechtsstreites nicht mehr befugt.** (B. O. L. 22. IX. 81.) S. IX. (84.) 279 ff.

§ 596. **§ 596.**

Der Antrag kann bei dem Gerichte schriftlich eingereicht oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden. Er soll eine Angabe der ihn begründenden Thatsachen und die Bezeichnung der Beweismittel enthalten.

§§ 617, 621.

§ 597. **§ 597.**

Das Gericht hat unter Benutzung der in dem Antrag angegebenen Thatsachen und Beweismittel von Amtswegen die zur Feststellung des Geisteszustandes erforder-

Digitized by Google

lichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweismittel aufzunehmen.

Das Gericht kann vor Einleitung des Verfahrens die Beibringung eines ärztlichen Zeugnisses anordnen.

Der Staatsanwalt kann in allen Fällen das Verfahren durch Stellung von Anträgen betreiben.

Für die Vernehmung und Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen kommen die Bestimmungen im siebenten und achten Titel des ersten Abschnitts des zweiten Buchs zur Anwendung. Die Anordnung der Haft im Falle des § 355 kann von Amtswegen erfolgen.

§§ 604, 621.

§ 598. § 598.

Der zu Entmündigende ist persönlich unter Zuziehung eines oder mehrerer Sachverständigen zu vernehmen.

§ 612.

Die Vernehmung kann auch durch einen Richter erfolgen.

Die Vernehmung kann unterbleiben, wenn sie nach Ansicht des Gerichts schwer ausführbar oder für die Entscheidung unerheblich oder für den Gesundheitszustand des zu Entmündigenden nachtheilig ist.

§ 599. § 599.

Die Entmündigung darf nicht ausgesprochen werden, bevor das Gericht einen oder mehrere Sachverständige über den Geisteszustand des zu Entmündigenden gehört hat.

§ 612.

§ 600. § 600.

Sobald das Gericht die Anordnung einer Fürsorge für die Person oder das Vermögen des zu Entmündigenden für erforderlich hält, ist der Vormundschaftsbehörde zum Zwecke dieser Anordnung Mittheilung zu machen.

Die Befugniß der Vormundschaftsbehörde zur Anordnung einer vorläufigen Kuratel über den zu Entmündigenden, wenn auch nach Landesrecht begründet, ist durch die demselben vorgehende Reichscivilprozeßordnung nicht ausgeschlossen. Diese überträgt zwar die Erklärung, daß eine Person geisteskrank sei, ausschließlich dem Amtsgerichte (§ 593 a. a. O.), enthält dagegen keine Vorschrift darüber, ob und welche Anordnungen behufs einstweiliger Fürsorge für Person und Vermögen des zu Entmündigenden zu treffen seien. Die Motive zu § 577 des Entwurfes zur Civilprozeßordnung rechtfertigen die Nichtaufnahme solcher Vorschriften mit der zutreffenden Bemerkung, daß dieselben nicht in die Prozeßordnung, sondern in die Vormundschaftsordnung gehören, mithin der Landesgesetzgebung zu überlassen seien. Gleicher Ansicht folgte die Justizkommission des Reichstages, indem sie in den von ihr herrührenden Entwurf des Abschnittes über das Verfahren in Entmündigungssachen Vorschriften über die einstweilige Fürsorge nicht aufnahm, obwohl in ihrer Mitte der Antrag auf Aufnahme solcher Bestimmungen gestellt worden war (vgl. Hahn, Materialien zur Civilprozeßordnung 2. Aufl. S. 766. 772). Demgemäß beschränkt sich die Civilprozeßordnung darauf, in § 600 den Gerichten die Pflicht aufzuerlegen, der Vormundschaftsbehörde Mittheilung zu machen, wenn sie die Anordnung einer Fürsorge für die Person oder das Vermögen des zu Entmündigenden für erforderlich halten. **Welcher Mittel zu diesem Zwecke aber die Vormundschaftsbehörden sich zu bedienen haben, insbesondere ob sie nur einen Pfleger für einzelne Angelegenheiten oder Kreise von Angelegenheiten oder einen mit den vollen Befugnissen des Vormundes eines Geisteskranken ausgestatteten einstweiligen Kurator zu bestellen befugt sind, entscheidet die Civilprozeßordnung nicht. Die Bestimmung hier-**

Digitized by Google

über ist lediglich der Landesgesetzgebung überlassen geblieben. Bei den Verhandlungen der Justizkommission ist ausdrücklich konstatirt worden, daß durch die als § 600 in die Civilprozeßordnung übergegangene Bestimmung in Betreff der Anordnung einer provisorischen Kuratel nichts geändert, nämlich einerseits für diejenigen Rechtsgebiete, welche eine solche Kuratel nicht zulassen, dieselbe nicht eingeführt, andererseits für diejenigen Gebiete, in welchen sie besteht, das Recht der Vormundschaftsbehörde zur Anordnung derselben weder ausgeschlossen, noch auf den Fall einer nach § 600 a. a. erfolgten Mittheilung des Gerichtes beschränkt werden sollte. (Vgl. Hahn, a. a. O. S. 894. 895.) Wenn auch manche Gründe dafür zu sprechen scheinen, die Entscheidung über Anordnung einer provisorischen Kuratel (die für die persönlichen und Vermögensangelegenheiten des zu Entmündigenden tief eingreifende Folgen herbeiführen kann, welche durch die Wiederaufhebung der Kuratel bei Ablehnung des Antrages auf Entmündigung nicht ungeschehen zu machen sind) ebenso wie die Entmündigung den Vormundschaftsbehörden abzunehmen und von amtsgerichtlicher Entscheidung abhängig zu machen, so ist doch in der Civilprozeßordnung eine Bestimmung dieses Inhaltes nicht enthalten und ausweislich der Entstehungsgeschichte des § 600 auch nicht beabsichtigt worden. (R. G. 28. IV. 83.) R. C. IX. (45.) 182. 183.

§ 601. **§ 601.**

Die Kosten des Verfahrens sind, wenn die Entmündigung erfolgt, von dem Entmündigten, anderenfalls von der Staatskasse zu tragen.

Insoweit einen der im § 595 Absatz 1 bezeichneten Antragsteller bei Stellung des Antrags nach dem Ermessen des Gerichts ein Verschulden trifft, können demselben die Kosten ganz oder theilweise zur Last gelegt werden.

§§ 614, 618.

§ 602. **§ 602.**

Der über die Entmündigung zu erlassende Beschluß ist dem Antragsteller und dem Staatsanwalte von Amtswegen zuzustellen.

§ 603. **§ 603.**

Der die Entmündigung aussprechende Beschluß ist von Amtswegen der Vormundschaftsbehörde und, wenn eine gesetzliche Vormundschaft stattfindet, auch dem gesetzlichen Vormunde mitzutheilen.

Mit der Mittheilung des Beschlusses an die Vormundschaftsbehörde tritt die Entmündigung in Wirksamkeit.

§ 604. **§ 604.**

Gegen den Beschluß, durch welchen die Entmündigung abgelehnt wird, steht dem Antragsteller und dem Staatsanwalte die sofortige Beschwerde zu.

In dem Verfahren vor dem Beschwerdegerichte finden die Vorschriften des § 597 entsprechende Anwendung.

§ 621.

Anfechtungsklage.

§ 605. **§ 605.**

Der die Entmündigung aussprechende Beschluß kann im Wege der Klage binnen der Frist eines Monats angefochten werden.

Das Recht zur Erhebung der Klage steht dem Entmündigten selbst, dem Vormunde desselben und den im § 595 bezeichneten Personen zu.

Die Frist beginnt für den Entmündigten mit dem Tage, an welchem er von der Entmündigung Kenntniß erhalten hat, für die übrigen Personen mit der Bestellung des Vormundes und im Falle einer gesetzlichen Vormundschaft mit der Mittheilung des Beschlusses an den gesetzlichen Vormund.

G. V. G. § 172.

Digitized by Google

1. Ueber die Frage, **ob und in wie weit die Erben eines Entmündigten den von diesem begonnenen und auf Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses gerichteten Prozeß nach dem Tode des Entmündigten fortzuführen berechtigt sind**, haben sich in der Theorie zwei von einander abweichende Meinungen gebildet. Nach der einen Ansicht beendigt der Tod des Entmündigten wenigstens in denjenigen Fällen, für welche das gemeine Recht maßgebend ist, wegen Unvererblichkeit des Klagerechtes den anhängigen Rechtsstreit in der Hauptsache, und es sind die Erben des Verlebten den Prozeß nur im Kostenpunkt fortzusetzen befugt. (Wilmowsky und Levy, Kommentar zur Civilprozeßordnung 2. Aufl. zu § 605 Seite 696, ferner Dr. Seuffert, Kommentar zur Civilprozeßordnung 2. Aufl. zu § 605 S. 738 Ziff. 3.) Der anderen Anschauung zufolge steht den Erben des Entmündigten das Recht zu, den anhängigen Prozeß seinem ganzen Umfange nach, sohin auch in der Hauptsache zu Ende zu führen. (Sarwey, Kommentar zur Civilprozeßordnung zu § 605 und 507, Petersen, Civilprozeßordnung Bd. II S. 506 und 507, Puchelt, Civilprozeßordnung Bd. II S. 451 und 458.) — (B. O. L. 2. I. 84.) S. X. (101.) 271.

2. Der Antrag auf Wiederaufhebung einer wegen Geisteskrankheit geschehenen Entmündigung ist stets dann begründet, wenn der Entmündigte gegenwärtig nicht geisteskrank ist, was sowohl durch die Behauptung, er sei genesen, wie auch durch die Behauptung, er sei niemals geisteskrank gewesen und ohne Grund entmündigt worden, substantiirt werden kann. **Von einer Rechtskraft des durch Anfechtungsklage nicht angefochtenen Entmündigungsbeschlusses in dem Sinn, daß derselbe einer Nachprüfung bei Gelegenheit des Wiederaufhebungsantrages entzogen wäre, kann nicht die Rede sein.** Wenn eine gewissenhafte Untersuchung zur Entmündigung geführt hat, so darf man die Resultate dieser Untersuchung bis auf Weiteres gelten lassen und wird man Zweifel gegen die Richtigkeit derselben nicht anders als auf Grund neuer und positiver Momente zu verfolgen Veranlassung haben. Vorauszusetzen ist dabei aber eben eine mit voller Sorgfalt geführte causae cognitio, welche genügende Garantie dafür bietet, daß die der Entmündigung zu Grunde liegende Annahme einer dieselbe rechtfertigenden Geisteskrankheit eine wohlbegründete war. Wo diese Voraussetzung fehlt, da wird der Richter, welcher über den Antrag auf Wiederaufhebung der Entmündigung zu erkennen hat, der Aufgabe sich nicht entziehen können, von Neuem zu prüfen, ob von vornherein die Entmündigung mit Recht geschehen sei, einerlei, ob dieselbe innerhalb der für die Anfechtungsklage im § 605 der C. P. O. vorgesehenen Frist von einem Monat angefochten worden ist oder ob der Entmündigte, welcher diese Frist unbenutzt gelassen hat, auf den Wiederaufhebungsantrag beschränkt ist. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 3. Januar 1882. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 262 S. 376. 377.

§ 606. § 606.

Für die Klage ist das Landgericht, in dessen Bezirke das Amtsgericht seinen Sitz hat, ausschließlich zuständig.

§§ 594, 620, 624, 626.

§ 607. § 607.

Die Klage ist gegen den Staatsanwalt zu richten.

Digitized by Google

Erhebt der Staatsanwalt die Klage, so ist dieselbe gegen den Vormund des Entmündigten als Vertreter desselben zu richten.

Hat eine der im § 595 Absatz 1 bezeichneten Personen die Entmündigung beantragt, so ist dieselbe unter Mittheilung der Klage zum Termine zur mündlichen Verhandlung zu laden. Dieselbe gilt im Falle des Beitritts im Sinne des § 59 als Streitgenosse der Hauptpartei.

§ 59.

1. Nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung über die Anfechtung eines die Entmündigung einer Person aussprechenden amtsgerichtlichen Beschlusses (§§ 605 ff.) ist das Anfechtungsverfahren den Vorschriften des ordentlichen Prozesses, soweit das Gesetz nicht besondere Abweichungen vorschreibt oder solche aus der Natur der Sache sich ergeben, unterworfen. Damit aber das Verfahren in den Formen des ordentlichen Rechtsstreits sich bewegen kann, hat das Gesetz Bestimmungen darüber gegeben, wer als Kläger das Verfahren anhängig zu machen befugt ist, und wer in demselben die Rolle des Beklagten zu übernehmen hat. Nach diesen Vorschriften ist der Entmündigte zur Klagerhebung befugt (§ 605 a. a. O.). Anzustellen aber ist die Klage von dem Entmündigten gegen den Staatsanwalt (§ 607 a. a. O.). Da für die Klage das Landgericht ausschließlich zuständig ist, in dessen Bezirke das Amtsgericht, von dem die Entmündigung ausgesprochen worden, seinen Sitz hat, so kann unter dem Staatsanwalte, gegen den die Klage zu richten ist, nur der Erste Staatsanwalt jenes Landgerichtes (§ 143 G. V. G.) verstanden werden. Allein die amtliche Wirksamkeit des Ersten Staatsanwaltes bei dem Landgerichte besteht nach den Bestimmungen, welche für die Ausübung des Amtes der Staatsanwaltschaft im § 143 G. V. G. gegeben sind, nicht für das ganze Anfechtungsverfahren; der Erste Staatsanwalt ist vielmehr die Gegenpartei des Entmündigten nur so lange, als das Verfahren behufs Anfechtung der Entmündigung bei dem Landgerichte schwebt. **Gelangt die Sache in den zweiten Rechtsgang, wird sie also bei dem Oberlandesgerichte anhängig, so tritt derjenige Beamte, der das Amt der Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgerichte ausübt** (§ 143 Nr. 2 G. V. G.), **also der Oberstaatsanwalt bei diesem Gerichte, als Gegenpartei des Entmündigten in den Rechtsstreit ein. Die amtliche Wirksamkeit des Oberstaatsanwalts aber ist auf den zweiten Rechtsgang beschränkt. Wird der dritte beschritten, so liegt dem Beamten, welcher das Amt des Staatsanwaltes bei dem Reichsgerichte ausübt (§ 143 Nr. 1 G. V. G.), also dem Oberreichsanwalte, die Uebernahme der Rolle der Gegenpartei des Entmündigten ob.** Hieraus ergibt sich weiter, daß die amtliche Thätigkeit der Staatsanwaltschaft bei dem Gerichte des betreffenden Rechtszuges dann aufhört, wenn die Sache an das Gericht eines anderen Rechtszuges gelangt. Als derjenige Rechtsvorgang aber, mit welchem die Sache an das zur Entscheidung über ein eingelegtes Rechtsmittel berufene Gericht gebracht wird, ist die Einlegung des Rechtsmittels bei diesem Gerichte anzusehen. **Und da derjenige Beamte, von welchem bei dem Gerichte das Amt der Staatsanwaltschaft ausgeübt wird, durch sein Amt berufen ist, die Rolle der Gegenpartei bei dem fraglichen Gerichte zu übernehmen, so folgt, daß die Revision gegen ein Berufungsurtheil von dem Entmündigten durch Zustellung der Revisionsschrift an denjenigen Beamten, der bei dem Reichsgerichte das Amt der Staatsanwaltschaft auszuüben hat, also an den Oberreichsanwalt, eingelegt**

Digitized by Google

werden muß. Diese Auffassung der Wirksamkeit der Staatsanwaltschaft als der Gegenpartei des Entmündigten im Anfechtungsprozesse befindet sich in Uebereinstimmung mit dem Rechtsgedanken des § 164 C. P. O., nach welcher Vorschrift der Schriftsatz, durch dessen Zustellung ein Rechtsmittel eingelegt wird, in erster Reihe an den für die höhere Instanz von dem Gegner bestellten Prozeßbevollmächtigten zuzustellen ist. Der Staatsanwalt ist allerdings kein von dem Gegner des Entmündigten bestellter Prozeßbevollmächtigter. Allein der Rechtsgrund, aus welchem im Falle des § 164 a. a. O. der für die höhere Instanz von der Partei bestellte Prozeßbevollmächtigte durch diese Bevollmächtigung als die Person hingestellt wird, an welche die Zustellung des Schriftsatzes, durch die das Rechtsmittel eingelegt werden soll, ausschließlich mit rechtlicher Wirkung erfolgen kann, ist auch in dem Falle gegeben, in welchem das Gesetz einen bestimmten Beamten dazu berufen hat, in einem Prozeßverfahren vor einem bestimmten Gerichte einer bestimmten Partei gegenüber die Rolle der Gegenpartei zu übernehmen. Aus dem für beide Fälle vorliegenden gleichen Rechtsgrunde ist also unter Gleichstellung des durch sein Amt zur Uebernahme der Parteirolle berufenen Beamten mit dem von der Partei bestellten Prozeßbevollmächtigten der für den jeweiligen Rechtsgang zur Ausübung des Amtes der Staatsanwaltschaft berufene Beamte als diejenige Person anzusehen, an welche allein die Zustellung des Schriftsatzes, durch die das Rechtsmittel eingelegt, der fragliche Rechtsgang beschritten werden soll, wirksam geschehen kann. (In einem von der Staatsanwaltschaft behufs Nichtigkeitserklärung einer Ehe erhobenen Rechtsstreite hat der IV. Civilsenat des Reichsgerichtes in dem Urtheile vom 30. Juni 1887 (Rep. IV. 57/87) den in dem obigen Erkenntnisse angenommenen Grundsatz betreffs der Vertretung der Staatsanwaltschaft ebenfalls für maßgebend erachtet und danach die Frage entschieden, welcher Beamte der Staatsanwaltschaft zur Einlegung der Revision befugt sei.) — (R. G. 16. V. 87.) R. C. XVIII. (94.) 405—407. S. hierüber noch bei § 586.

2. **Voraussetzung der Zulässigkeit einer Anschlußrevision und einer Revision der Staatsanwaltschaft.** Hier wurde die sogenannte Anschlußrevision der Staatsanwaltschaft als unbegründet verworfen und ist in den Gründen Folgendes angeführt: Die Zulässigkeit einer Anschlußrevision der Staatsanwaltschaft würde voraussetzen, daß die Staatsanwaltschaft Revisionsbeklagte wäre (C. P. O. § 518). Dies ist nicht der Fall. Die von dem Entmündigten erhobene Anfechtungsklage ist gegen den Staatsanwalt gerichtet worden und müßte gemäß § 607 Abs. 1 der C. P. O. gegen diesen gerichtet werden. In zweiter Instanz hat sich nun zwar der Oberstaatsanwalt dem Antrage des Entmündigten auf Aufhebung der Entmündigung angeschlossen; er konnte jedoch hiermit nur der Berufung des Entmündigten nachgeben, keineswegs aber selbst Anfechtungskläger werden, da eine Anfechtungsklage des Staatsanwaltes nur in erster Instanz möglich und gegen den Vormund des Entmündigten zu richten gewesen wäre (C. P. O. § 607 Abs. 2). Die vom Vormund eingelegte Revision richtet sich daher nicht gegen den Staatsanwalt und die Revisionsschrift ist diesem nicht als dem Prozeßgegner des Vormunds, sondern als dessen Streitgenossen (C. P. O. § 607 Abs. 3) gemäß § 60 der C. P. O. zugestellt worden. (R. G. 8. V. 85.) R. C. XIII. (120.) 432. 433. U. u. A. II. (136.) 282—284.

Digitized by Google

3. **In Entmündigungsstreitsachen hat die Zustellung des Schriftsatzes, mit welchem von dem Kläger ein Rechtsmittel eingelegt wird, an den bei der höheren Instanz aufgestellten Staatsanwalt zu erfolgen.** Bei Entmündigungssachen wegen Geisteskrankheit ist das öffentliche Interesse in ganz ähnlicher Weise wie bei der Klage auf Nichtigkeitserklärung einer Ehe betheiligt. Dieses öffentliche Interesse bedarf einer Vertretung, und diese wurde der neueren Rechtsentwickelung gemäß der Staatsanwaltschaft übertragen. (Motive zu dem Entwurf der C. P. O., Hahn, Materialien zur C. P. O. Bd. 2 Abth. 1 S. 399, 408.) Nach § 607 ist die Klage, wodurch der die Entmündigung aussprechende Beschluß angefochten werden will, gegen den Staatsanwalt bei dem Landgerichte zu richten, das dem Amtsgerichte vorgesetzt ist, bei welchem der zu Entmündigende seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Diese Richtung der Klage wurde als nothwendige Konsequenz des Offizialcharakters des amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahrens betrachtet. Der Staatsanwalt, welcher in Ehe- und Entmündigungssachen auftritt, handelt als Behörde und bedarf deßhalb keiner Vertretung durch einen Rechtsanwalt. Bei der Berathung der Justizkommission vom 9. Mai 1876 erklärte auf den Antrag eines Kommissionsmitgliedes, in § 561 und 586 nach dem Worte „Staatsanwaltschaft" beizusetzen: „und zwar ohne Zuziehung eines Rechtsanwaltes", der Vertreter der Reichsregierung, daß der Staatsanwalt nach der Auffassung der verbündeten Regierungen in allen Fällen, in welchen er bei dem Verfahren in Ehesachen thätig werde, als Behörde auftrete, und daß also von der Pflicht zur Beiziehung eines Rechtsanwaltes in solchen Fällen nirgends die Rede sein könne, worauf jener Antrag zurückgezogen wurde, und bei der Berathung dieser Kommission vom 26. Mai 1875 ist angenommen worden, daß dasjenige, was von dem Staatsanwalt in Ehesachen gilt, auch im Entmündigungsverfahren gelte. (Hahn, Materialien zur C. P. O. Bd. 2 Abth. 1 S. 406, 763, Abth. 2 S. 1137; Kommentar zur C. P. O. von Wilmowsky und Levy zu § 74 und 606, von Struckmann und Koch zu § 607, von Petersen zu § 612, von Endemann zu § 606, von Puchelt zu § 607.) Zur Frage der Zuständigkeit betreffs der einzelnen durch einen solchen Rechtsstreit für die Staatsbehörde veranlaßten Handlungen kann daher nur die für die betreffende Behörde gesetzlich bestehende Organisation maßgebend erscheinen. Letztere ist durch § 143 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 27. Januar 1877 (und durch Art. 51 des bayer. Ausführungsgesetzes vom 23. Februar 1879 zu jenem Gesetze) eingehend geregelt, und es ist darnach in einem von einem Entmündigten oder Namens desselben wegen der Entmündigung erhobenen Rechtsstreite nach den dargelegten Grundsätzen beklagte Partei in allen Instanzen die Staatsanwaltschaft als Behörde, nicht die Person des bei dem Landgerichte aufgestellten Staatsanwaltes, dieser tritt im öffentlichen Interesse, nicht als Privatpartei, sondern als Behörde des Staates auf (Kommentar zur C. P. O. von Endemann zu § 586), und nachdem bei den Oberlandesgerichten das Amt der Staatsanwaltschaft von den an diesen aufgestellten Oberstaatsanwälten auszuüben ist, kann nach § 164 Abs. 2 und 479 der C. P. O. der die Berufungserklärung enthaltende Schriftsatz mit der Ladung vor das Berufungsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Berufung nur dem Oberstaats-

Digitized by Google

anwalte mit Wirksamkeit zugestellt werden. (B. O. L. 31. I. 85.) S. XI. (11.) 28—30.

§ 608. § 608.

Mit der die Entmündigung anfechtenden Klage kann eine andere Klage nicht verbunden werden.

Eine Widerklage ist unzulässig.

§§ 624, 626.

§ 609. § 609.

Will der Entmündigte die Klage erheben, so ist ihm auf seinen Antrag von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts ein Rechtsanwalt als Vertreter beizuordnen.

Ger. K. G. § 47 Nr. 9. — R. A. G. O. § 23 Nr. 1.

§ 610. § 610.

Bei der mündlichen Verhandlung haben die Parteien die Ergebnisse der bei dem Amtsgerichte stattgehabten Sachuntersuchung, soweit es zur Prüfung der Richtigkeit des angefochtenen Beschlusses erforderlich ist, vollständig vorzutragen.

Im Falle der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Vortrags hat der Vorsitzende dessen Berichtigung oder Vervollständigung, nöthigenfalls unter Wiedereröffnung der Verhandlung, zu veranlassen.

§§ 624, 626.

§ 611. § 611.

Die Vorschriften der §§ 577, 578 finden entsprechende Anwendung.

Der Parteieid ist ausgeschlossen.

§§ 624, 626.

§ 612. § 612.

Die Bestimmungen der §§ 598, 599 finden in dem Verfahren über die Anfechtungsklage entsprechende Anwendung.

Von der Vernehmung Sachverständiger darf das Gericht Abstand nehmen, wenn es das vor dem Amtsgerichte abgegebene Gutachten für genügend erachtet.

Nothwendigkeit der Vernehmung des Entmündigten in der Gerichtssitzung und Verfahren hierbei. S. hierüber (B. O. L. 2. I. 84.) S. X. (101.) 271.

§ 613. § 613.

Wird die Anfechtungsklage für begründet erachtet, so ist der die Entmündigung aussprechende Beschluß aufzuheben. Die Aufhebung tritt erst mit der Rechtskraft des Urtheils in Wirksamkeit. Auf Antrag können jedoch zum Schutze der Person oder des Vermögens des Entmündigten einstweilige Verfügungen nach Maßgabe der §§ 815 bis 822 getroffen werden.

Die Aufhebung hat zur Folge, daß die Gültigkeit der bisherigen Handlungen des Entmündigten auf Grund des Beschlusses, welcher die Entmündigung ausgesprochen hatte, nicht in Frage gestellt werden kann. Auf die Gültigkeit der bisherigen Handlungen des bestellten oder gesetzlichen Vormundes hat die Aufhebung keinen Einfluß.

§ 624.

§ 614. § 614.

Unterliegt der Staatsanwalt, so ist die Staatskasse zur Erstattung der dem obsiegenden Gegner erwachsenen Kosten in Gemäßheit der Bestimmungen des 5. Titels des zweiten Abschnitts des ersten Buchs zu verurtheilen.

Ist die Klage von dem Staatsanwalte erhoben, so hat die Staatskasse in allen Fällen die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

§ 591, 601, 618, 626.

§ 615. § 615.

Das Prozeßgericht hat der Vormundschaftsbehörde und dem Amtsgerichte von jedem in der Sache erlassenen Endurtheile Mittheilung zu machen.

§§ 603, 624, 626.

Digitized by Google

2. Wiederaufhebung der Entmündigung.

§ 616. **§ 616.**

Die Wiederaufhebung der Entmündigung erfolgt auf Antrag des Entmündigten oder seines Vormundes oder des Staatsanwalts durch Beschluß des Amtsgerichts.

§ 625. G. V. G. § 172. Ger. K. G. § 34 Nr. 2.

§ 617. **§ 617.**

Für die Wiederaufhebung der Entmündigung ist das Amtsgericht ausschließlich zuständig, bei welchem der Entmündigte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Ist der Entmündigte ein Deutscher und hat er seinen Wohnsitz nur im Auslande, so kann der Antrag bei dem Amtsgerichte seines letzten Wohnsitzes im Deutschen Reiche gestellt werden, sofern die Entmündigung von einem deutschen Gericht ausgesprochen ist.

Die Bestimmungen der §§ 596—599 finden entsprechende Anwendung.

§ 594.

§ 618. **§ 618.**

Die Kosten des Verfahrens sind von dem Entmündigten, wenn das Verfahren von dem Staatsanwalt ohne Erfolg beantragt ist, von der Staatskasse zu tragen.

§§ 601, 614. Ger. K. G. §§ 20, 23.

§ 619. **§ 619.**

Der über die Wiederaufhebung der Entmündigung zu erlassende Beschluß ist dem Antragsteller und im Falle der Wiederaufhebung dem Entmündigten sowie dem Staatsanwalte von Amtswegen zuzustellen.

§§ 644, 645, 619 Abs. 2, 535 Abs. 1.

Gegen den Beschluß, durch welchen die Entmündigung aufgehoben wird, steht dem Staatsanwalte die sofortige Beschwerde zu.

§§ 540, 535.

Die rechtskräftig erfolgte Wiederaufhebung ist der Vormundschaftsbehörde mitzutheilen.

Aufhebungsklage.

§ 620. **§ 620.**

Wird der Antrag auf Wiederaufhebung von dem Amtsgericht abgelehnt, so kann dieselbe im Wege der Klage beantragt werden.

Zur Erhebung der Klage ist der dem Entmündigten bestellte Vormund und der Staatsanwalt befugt.

Will der Vormund die Klage nicht erheben, so kann der Vorsitzende des Prozeßgerichts dem Entmündigten einen Rechtsanwalt als Vertreter beiordnen.

Auf das Verfahren finden die Vorschriften der §§ 606—615 entsprechende Anwendung.

G. V. G. § 172. §§ 607, 608, 610—615.

II. Wegen Verschwendung (§§ 621—627).

1. Entmündigung.

§ 621. **§ 621.**

Eine Person kann für einen Verschwender nur durch Beschluß des Amtsgerichts erklärt werden.

Der Beschluß wird nur auf Antrag erlassen.

Auf das Verfahren finden die Vorschriften der §§ 594, 595 Abs. 1, der §§ 596, 597 Absatz 1, 4 und des § 604 entsprechende Anwendung.

Eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft findet nicht statt.

Ger. K. G. § 34 Nr. 2.

Digitized by Google

1. Wenn eine **Entmündigung wegen Verschwendung** eintritt; über diese civilrechtliche Frage s. (R. G. 30. VI. 82.) bei § 595 ad R. C. VII. (105.) 349. 350. A. VI. (59.) 243. 244.

2. **Die in Landesgesetzen, welche nach Emanation der Civilprozeßordnung erlassen sind, enthaltenen Bestimmungen, daß die Gemeindevorsteher ꝛc. den Antrag, eine Person für einen Verschwender zu erklären, stellen können, haben Geltung.** S. hierüber in § 595 ad R. C. VII. (105.) 347 und 348. A. VI. (59.) 242 ff. Daraus, daß nach § 621 bei dem Entmündigungsverfahren wegen Verschwendung eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft nicht stattfindet, weil ein öffentliches Interesse, welches eine solche Mitwirkung rechtfertigt, hier nicht konkurrirt, während bei der Entmündigung wegen Geisteskrankheit zur Wahrung des öffentlichen Interesses auch dem Staatsanwalte die Befugniß zur Stellung des Antrages gegeben ist (§ 595), kann nicht gefolgert werden, daß es unstatthaft sei, durch landesgesetzliche Vorschrift dem Gemeindevorsteher die Befugniß zur Stellung des Entmündigungsantrages zu geben, da für diese letztere wesentlich andere Gesichtspunkte in Betracht kommen, als für die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft. (R. G. 30. VI. 82.) R. C. VII. (105.) 349. A. VI. (59.) 243. 244.

3. **Durch die Bestimmungen der R. C. P. O. über das Entmündigungsverfahren gegenüber Verschwendern ist die im Civilrecht enthaltene Anordnung vorheriger Ermahnung solcher Personen zur besseren Hauswirthschaft** (ein civilrechtliches Erforderniß der Prodigalitätserklärung) **nicht aufgehoben.** Unter welchen Voraussetzungen Jemand als Verschwender erklärt werden könne, bestimmt das bürgerliche Recht; die Reichs-Prozeßordnung schreibt nur vor, wie es zur Gewißheit zu bringen sei, daß Jemand im Zustande der Verschwendung sich befinde. Durch diese wurden die entgegenstehenden prozessualen Vorschriften aufgehoben, das bürgerliche Recht wurde durch dieselbe nicht berührt. (B. O. L. 17. XI. 81.) S. IX. (110.) 351 f.

4. Wenn der Vorm.-Richter vor dem rechtskräftigen Erkenntniß über Jemand wegen Verschwendung eine interimistische Pflegschaft einleitet, so beschränkt dies die Handlungsfähigkeit des Betreffenden nicht. Entsch. des R. G. v. 14/11. 79.

§ 622.

§ 622.

Die Kosten des amtsgerichtlichen Verfahrens sind, wenn die Entmündigung erfolgt, von dem Entmündigten, anderenfalls von dem Antragsteller zu tragen.

§ 623.

§ 623.

Der über die Entmündigung zu erlassende Beschluß ist dem Antragsteller und dem zu Entmündigenden von Amtswegen zuzustellen.

Der die Entmündigung aussprechende Beschluß tritt mit der Zustellung an den Entmündigten in Wirksamkeit. Der Vormundschaftsbehörde ist ein solcher Beschluß von Amtswegen mitzutheilen.

Anfechtungsklage.

§ 624.

§ 624.

Der die Entmündigung aussprechende Beschluß kann binnen der Frist eines Monats von dem Entmündigten im Wege der Klage angefochten werden.

Die Frist beginnt mit der Zustellung des Beschlusses an den Entmündigten.

Die Klage ist gegen denjenigen, welcher die Entmündigung beantragt hatte, falls

Digitized by Google

aber dieser verstorben, oder sein Aufenthalt unbekannt oder im Auslande ist, gegen den Staatsanwalt zu richten.

Auf das Verfahren finden die Vorschriften der §§ 606, 608, 610, 611, 613—615 entsprechende Anwendung.

2. Wiederaufhebung der Entmündigung.

§ 625. **§ 625.**

Die Wiederaufhebung der Entmündigung erfolgt auf Antrag des Entmündigten oder seines Vormundes unter entsprechender Anwendung der Vorschriften der §§ 616—619.

Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen die Entmündigung aufgehoben wird, findet nicht statt.

Aufhebungsklage.

§ 626. **§ 626.**

Wird der Antrag auf Wiederaufhebung von dem Amtsgericht abgelehnt, so kann dieselbe im Wege der Klage beantragt werden.

Zur Erhebung der Klage ist der Vormund des Entmündigten befugt. Will dieser die Klage nicht erheben, so kann der Vorsitzende des Prozeßgerichts dem Entmündigten einen Rechtsanwalt als Vertreter beiordnen.

Die Klage ist gegen denjenigen, welcher die Entmündigung beantragt hatte, falls aber dieser verstorben oder sein Aufenthalt unbekannt oder im Auslande ist, gegen den Staatsanwalt zu richten.

Auf das Verfahren finden die Vorschriften der §§ 606, 608, 610, 611, 614, 615 entsprechende Anwendung.

Ger. K. G. § 47 Nr. 9. R. A. G. O. § 23 Nr. 1.

§ 627. **§ 627.**

Die Entmündigung einer Person wegen Verschwendung, sowie die Wiederaufhebung einer solchen Entmündigung ist von dem Amtsgericht öffentlich bekannt zu machen.

§§ 187 Abs. 2. 189 Abs. 3, 825, 826, 842.

Siebentes Buch.

Mahnverfahren.

Zahlungsbefehl.

§ 628. **§ 628.**

Wegen eines Anspruchs, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstande hat, ist auf Gesuch des Gläubigers ein bedingter Zahlungsbefehl zu erlassen.

Das Mahnverfahren findet nicht statt, wenn nach Inhalt des Gesuchs die Geltendmachung des Anspruchs von einer noch nicht erfolgten Gegenleistung abhängig ist oder wenn die Zustellung des Zahlungsbefehls im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen müßte.

Einflußlosigkeit der Ferien. G. V. G. § 204.

§ 629. **§ 629.**

Die Zahlungsbefehle werden von den Amtsgerichten erlassen.

Ausschließlich zuständig ist das Amtsgericht, bei welchem der allgemeine persönliche Gerichtsstand oder der dingliche Gerichtsstand für die im ordentlichen Verfahren erhobene Klage begründet sein würde, wenn die Amtsgerichte in erster Instanz sachlich unbeschränkt zuständig wären.

Digitized by Google

§ 630.

§ 630.

Das Gesuch muß enthalten:

1. die Bezeichnung der Parteien nach Namen, Stand oder Gewerbe und Wohnort;
2. die Bezeichnung des Gerichts;
3. die bestimmte Angabe des Betrags oder Gegenstandes und des Grundes des Anspruchs;
4. das Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls.

§ 631.

§ 631.

Entspricht das Gesuch nicht den Bestimmungen der vorstehenden Paragraphen oder ergiebt sich aus dem Inhalte des Gesuchs, daß der Anspruch überhaupt oder zur Zeit nicht begründet ist, so wird dasselbe zurückgewiesen.

Das Gesuch ist auch dann zurückzuweisen, wenn der Zahlungsbefehl nur in Ansehung eines Theils des Anspruchs nicht erlassen werden kann.

Eine Anfechtung der zurückweisenden Verfügung findet nicht statt.

§ 632.

§ 632.

Der Zahlungsbefehl enthält die im § 630 Nr. 1—3 bezeichneten Erfordernisse des Gesuchs und außerdem den Befehl an den Schuldner, binnen einer vom Tage der Zustellung laufenden Frist von zwei Wochen bei Vermeidung sofortiger Zwangsvollstreckung den Gläubiger wegen des Anspruchs nebst den dem Betrage nach zu bezeichnenden Kosten des Verfahrens und den geforderten Zinsen zu befriedigen oder bei dem Gericht Widerspruch zu erheben.

Ger. K. G. § 37 Nr. 1.

§ 633.

§ 633.

Mit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner treten die Wirkungen der Rechtshängigkeit ein.

§§ 235, 239, 635, 637, 641.

1. **Dieselben Wirkungen, welche an die Klagerhebung geknüpft werden (§ 239), müssen auch in den Fällen, welche der Klagerhebung in Betreff der Rechtshängigkeit gleichgestellt sind, eintreten, also auch mit der Zustellung des Zahlungsbefehles im Mahnverfahren.** „Der Zahlungsbefehl — heißt es in der Begründung der §§ 585. 586 des Entwurfes der Civilprozeßordnung S. 382, Ausg. von Hahn S. 416 — schließt sich in seinem Inhalte ganz dem Gesuche an. Die Zustellung des ersteren enthält deßhalb der Sache nach auch die Zustellung der Klage und begründet die Rechtshängigkeit. (R. G. 19. III. 87.) R. C. XVII. (63.) 281. 282.

2. Mit der Zustellung des Zahlungsbefehles im Mahnverfahren treten nach § 633 C. P. O. die Wirkungen der Rechtshängigkeit ein. **Zu diesen Wirkungen der Rechtshängigkeit ist auch im Allgemeinen die Unterbrechung der Klageverjährung zu zählen.** Diejenigen Wirkungen, welche das bürgerliche Recht an die bis dahin durch Anstellung, Mittheilung der Klage, Ladung oder Einlassung des Beklagten begründete Rechtshängigkeit knüpfte (§ 239), sollen nunmehr an die durch Erhebung der Klage im ordentlichen Verfahren (§ 235 a. a. O.), durch Zustellung des Zahlungsbefehles im Mahnverfahren begründete Rechtshängigkeit geknüpft sein, und zu jenen Wirkungen gehört ganz vorzugsweise die Unterbrechung der Verjährung. Daß man auch diese Wirkung im Besonderen als Folge der Zustellung des Zahlungsbefehles vor Augen gehabt hat, ergibt die Begründung des Entwurfes der Civilprozeßordnung zu den §§ 587. 588, wie die Entstehungsgeschichte des siebenten Buches der Civilprozeßordnung, insonderheit die Berathungen der hannöverischen und der norddeutschen Civilprozeßkommission über diese Materie. Auch ist zuzugehen, daß wegen eines Wechselanspruches das Mahnverfahren stattfindet, denn dieser An-

Digitized by Google

spruch entspricht durchaus denjenigen Erfordernissen, welche der § 628 C. P. O. für den Erlaß des bedingten Zahlungsbefehles aufstellt. **Es ist ferner unbedenklich, die Unterbrechung der Wechselverjährung durch Zustellung des amtsgerichtlichen Zahlungsbefehles dann zuzulassen, wenn eine wegen des Anspruches zu erhebende Klage vor die Amtsgerichte gehört.** Denn in diesem Falle ist der Beklagte dadurch nicht gefährdet, daß Kläger, statt das gewöhnliche Prozeßverfahren einzuleiten, die Einziehung im Wege des Mahnverfahrens versucht. Erhebt der Beklagte Widerspruch, so sollen zwar auch in diesem Falle die Wirkungen der Rechtshängigkeit bestehen bleiben (§ 635 a. a. O.); aber der Beklagte braucht nicht zu warten, bis der Kläger nun die Klage erhebt; er kann den Kläger selbst zur mündlichen Verhandlung laden, und die Klage wird als mit der Zustellung des Zahlungsbefehles bei dem Amtsgerichte erhoben angesehen, sodaß eine dem gewöhnlichen Prozeßverfahren ganz analoge Gestaltung vorliegt. **Anders liegt aber die Sache dann, wenn die wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Landgerichte gehört;** in diesem Falle hat der Beklagte kein Mittel, die Fortsetzung der Klage herbeizuführen; er muß warten, bis der Kläger die Klage bei dem Landgerichte erhebt, und dem Kläger ist dazu eine Frist von sechs Monaten gegeben (§ 637 a. a. O.). Die Wechselordnung hat es im Interesse des Beklagten für nothwendig gehalten, die Erhebung der Wechselregreßklage an die kurze Frist von regelmäßig drei Monaten zu binden. Der dieser Vorschrift des Art. 79 W. O. zu Grunde liegende Gedanke würde sehr abgeschwächt werden, wenn es dem Wechselinhaber und jedem seiner Vormänner, welcher den Wechsel ohne Klage einlöst, freistünde, die dreimonatliche Frist dadurch um mindestens sechs Monate zu verlängern, daß er kurz vor Ablauf der Frist den Versuch macht, die Einziehung des Wechsels auf dem Wege des Mahnverfahrens herbeizuführen. Erhebt der in Anspruch Genommene Widerspruch, so hätte der Wechselgläubiger nun jene Frist von sechs Monaten seit Erhebung des Widerspruches für die Erhebung der Wechselklage gewonnen. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber dies Resultat gewollt hat. Dafür, daß er es nicht gewollt hat, spricht entscheidend § 13 des Einführungsges. zur C. P. O. In Abs. 1 wird ausgesprochen, daß die prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze durch die Civilprozeßordnung nicht berührt werden. Zu diesen, die Anwendung entgegenstehender Vorschriften der Civilprozeßordnung ausschließenden Bestimmungen der Reichsgesetze, welche in § 13 des Einführungsgesetzes aufrecht erhalten werden, gehört Art. 80 W. O. mit seiner Vorschrift: Die Verjährung wird nur durch Behändigung der Klage unterbrochen. Derselbe ist in § 13 des Einführungsgesetzes Abs. 3 dahin erweitert, daß die Verjährung auch nach Maßgabe der §§ 190. 254. 461 Abs. 2. 471 Abs. 2 C. P. O. unterbrochen wird. Daraus, daß hier nun diese Bestimmungen der Prozeßordnung, nach welchen, auch abgesehen von dem Falle einer Zustellung der Klage, eine Unterbrechung der Verjährung eintritt, genannt sind, während § 633 C. P. O., nach welchem sonst die Unterbrechung der Verjährung eintritt, nicht genannt ist, folgt, daß der Gesetzgeber den Art. 80 in seiner ausschließenden Vorschrift dem § 633 C. P. O. gegenüber hat aufrecht halten wollen. Denn die dort genannte Zustellung des Zahlungsbefehles ist nicht die Zustellung der Klage, welche

Digitized by Google

im Falle des § 637 a. a. O. ja erst später bei dem Landgerichte zu erheben ist. In diesem Sinne hat das Reichsgericht bereits am 22. Dezember 1883 entschieden i. S. S.'sche Eheleute w. F. Rep. I. 433/83. Von jener Entscheidung abzugehen, liegt kein zwingender Grund vor. (R. G. 7. VI. 84.) R. C. XIV. (13.) 31—34.

Widerspruch.

§ 634.

§ 634.

Der Schuldner kann gegen den Anspruch oder einen Theil desselben Widerspruch erheben, so lange der Vollstreckungsbefehl nicht verfügt ist.

§ 639.

Das Gericht hat den Gläubiger von dem rechtzeitig erhobenen Widerspruche in Kenntniß zu setzen und dem Schuldner auf Verlangen eine Bescheinigung darüber zu ertheilen, daß er rechtzeitig Widerspruch erhoben habe.

Einer Zurückweisung des nicht rechtzeitig erhobenen Widerspruchs bedarf es nicht.

§ 635.

§ 635.

Durch die rechtzeitige Erhebung des Widerspruchs gegen den Anspruch oder einen Theil desselben verliert der Zahlungsbefehl seine Kraft. Die Wirkungen der Rechtshängigkeit bleiben bestehen.

§ 636.

§ 636.

Gehört eine wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Amtsgerichte, so wird, wenn rechtzeitig Widerspruch erhoben ist, die Klage als mit der Zustellung des Zahlungsbefehls bei dem Amtsgericht erhoben angesehen, welches den Befehl erlassen hat.

Jede Partei kann den Gegner zur mündlichen Verhandlung laden; die Ladungsfrist beträgt mindestens drei Tage.

G. V. G. § 23.

§ 637.

§ 637.

Gehört eine wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Landgerichte, so erlöschen die Wirkungen der Rechtshängigkeit, wenn nicht binnen einer sechsmonatigen Frist, welche von dem Tage der Benachrichtigung von der Erhebung des Widerspruchs läuft, die Klage bei dem zuständigen Gericht erhoben wird.

§ 640. G. V. G. § 70.

1. Die nach Erhebung des Widerspruches zu erhebende Klage wird als mit der Zustellung des Zahlungsbefehles erhoben angesehen, wenn der Anspruch vor das Gericht gehört, welches den Befehl erlassen hat (§ 636 C. P. O.); in diesen Fällen bedarf es also der Erhebung einer besonderen Klage neben dem Zahlungsbefehle nicht. Daß in den übrigen Fällen, in welchen der Anspruch vor ein anderes Gericht gehört, **die Erhebung einer besonderen Klage** vor diesem anderen Gerichte **gefordert** wird, hat nicht etwa seinen Grund darin, daß hier die Zustellung des Zahlungsbefehles nicht die Bedeutung der Klagerhebung hätte, sondern ist — wie die Begründung der §§ 589—591 des Entwurfes S. 385, Ausg. von Hahn S. 418 ff. ergibt — lediglich zur Vermeidung geschäftlicher Schwierigkeiten, zum Zwecke gründlicherer Vorbereitung der Klage und wegen des beim Landgerichte eintretenden Anwaltszwanges angeordnet. **Es fehlt auch jeder innere Grund, welcher dahin führen könnte, die Zustellung des Zahlungsbefehles der Erhebung der Klage nicht gleichzustellen:** sind doch die zur Begründung des Gesuches um Erlassung des Zahlungsbefehles nothwendigen Angaben (§ 630 C. P. O.), welche auch der zuzustellende Zahlungsbefehl enthält (§ 632 C. P. O.), im Wesentlichen die gleichen, welche die Klage enthalten muß (§ 230 C. P. O.) und ist doch auch das Mahnverfahren geeignet, zur gerichtlichen Feststellung des An-

Digitized by Google

spruches zu führen, und zwar, wenn kein Widerspruch erhoben wird, in viel kürzerer Frist, als dieses Ziel in Folge der Klagerhebung im gewöhnlichen Verfahren erreicht zu werden pflegt. So hat denn auch bisher Niemand Bedenken getragen, die hier am nächsten liegende Wirkung der Klagerhebung auch mit der Zustellung des Zahlungsbefehles eintreten zu lassen, nämlich die Unterbrechung der Verjährung, mögen auch die Meinungen der Schriftsteller bezüglich der Begründung und der einzelnen Folgen auseinandergehen. (Vgl. Aschrott in Gruchot, Beiträge Bd. 28 S. 618 ff.) — (R. G. 19. III. 87.) R. C. XVII. (63.) 282.

2. **Die Unterbrechung der Klagverjährung erlischt ex tunc, wenn die Klage nicht binnen 6 Monaten erhoben wird.** Bestimmte nicht der § 633 C. P. O., daß mit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner die Wirkungen der Rechtshängigkeit eintreten, so könnte man zweifeln, ob durch das Mahnverfahren der C. P. O. eine laufende Klagverjährung überhaupt unterbrochen werde, weil ohne diese Bestimmung die Zustellung eines Zahlungsbefehls der Klagerhebung in ihren materiellen Wirkungen nicht gleichgestellt werden dürfte, und es immerhin fraglich bleibt, ob nach gemeinem Recht nur die Anbringung und Mittheilung einer wirklichen Klage (actio et citatio), oder schon eine allgemeine Angabe des Anspruchs bei Gericht (vgl. const. 7 pr. de praescr. 30 vel 40 ann. 7. 39; const. 3 de annali exc. 7. 40; v. Savigny, System Bd. 5 S. 316 ff.) die Verjährungsunterbrechung herbeiführen könne, und ob im letzteren Fall der Zahlungsbefehl diesem Erforderniß entspreche. Da nun aber der § 633 der C. P. O. ausdrücklich mit diesem Akt die Wirkungen der Rechtshängigkeit ganz allgemein verknüpft, und die C. P. O. neben den in § 235 aufgeführten prozessualischen Wirkungen in § 239 auch die sonstigen Wirkungen der Rechtshängigkeit erwähnt und als durch die C. P. O. unberührt erklärt, so wird nicht wohl zu bezweifeln sein, daß auch die in der Verjährungsunterbrechung bestehende gemeinrechtliche Wirkung der Rechtshängigkeit nach dem Willen des Gesetzgebers durch die Zustellung eines Zahlungsbefehles hat herbeigeführt werden sollen. Von allen diesen Wirkungen ist sodann weiter die Rede, wenn es in § 635 heißt, daß „die Wirkungen der Rechtshängigkeit" nicht schon durch Erhebung des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl beseitigt werden; und daß gerade hier auch die sonstigen Wirkungen des § 239 mit gemeint sind, erhellt klar aus den amtlichen Motiven zu diesem Paragraphen (§ 588 des Entwurfs), worin ausdrücklich auf den jetzigen § 239 (§ 231 des Entwurfs) verwiesen ist, und ingleichen in § 637, wo deren Beseitigung für den Fall vorgeschrieben ist, daß die zu erhebende Klage vor die Landgerichte gehört und nicht binnen 6 Monaten, nachdem Mahnkläger von der Widerspruchserhebung benachrichtigt worden, bei dem zuständigen Gericht förmlich erhoben ist. Durch diese letztere Bestimmung soll — wie die amtlichen Motive zu § 235 weiter besagen — die Erstreckung der Folgen einer einseitigen Handlung des Gläubigers in's Ungewisse verhütet werden, weil der Beklagte in diesem Falle nicht, wie wenn die Klage vor dem A. G. zu erheben ist (§ 636), deren Beseitigung durch eigenes Betreiben eines, im letzteren Falle anhängig bleibenden Rechtsstreits in der Hand hat. Es ist geradezu unverständlich, wie man im Gegensatz zu den in den §§ 633 und 635 bezeichneten Wirkungen der Rechtshängigkeit

Digitized by Google

unter den in § 637 mit denselben Worten erwähnten Wirkungen etwas Anderes als dort, nämlich nur die in § 235 festgesetzten prozessualischen Wirkungen verstehen will, und es sind denn auch über diesen Sinn des § 637 sämmtliche Kommentatoren der C. P. O. einig. Man könnte möglicher Weise der Ansicht sein, daß der § 637 ein Aufhören dieser Wirkungen erst vom Ende der sechsmonatigen Frist an so vorgeschrieben habe, daß zwar, soviel die hier in Frage stehende Wirkung betrifft, die einmal herbeigeführte Unterbrechung der Verjährung als Thatsache bestehen bliebe, die Verjährung mit dem Ende der Frist aber wieder zu laufen beginne; allein auch diese Meinung würde sich sowohl mit dem Wortlaut als mit dem Geist des Gesetzes in Widerspruch befinden. Der Ausdruck „die Wirkungen erlöschen" kann nur so verstanden werden, daß damit hat gesagt werden sollen: sie werden völlig getilgt, beseitigt, ausgelöscht, so daß von ihrer Existenz nichts übrig bleibt, oder, wie sich ganz gleichbedeutend § 243 ausdrückt: „der Rechtsstreit wird als nicht anhängig geworden angesehen". Wenn nun zahlreiche Kommentatoren (vgl. Sarwey Bd. 2 S. 78: „In den vor die Landgerichte gehörigen Fällen (§ 637), in denen vom Kläger erst förmliche Klage zu erheben ist, greift bezüglich der Zurücknahme derselben § 243 direkt Platz"; Puchelt Bd. 2 S. 474: „Das Erlöschen der Rechtshängigkeit hat die in Anm. 1 zu § 243 besprochenen Folgen"; Seuffert 2. Aufl. S. 760: „Erlöschen die Wirkungen der Rechtshängigkeit — und zwar, wie im Fall des § 243, ex tunc"; ebenso Goldenring in Busch, Zeitschr. f. d. C. P. Bd. 1 S. 454; Struckmann und Koch 4. Aufl. S. 677: „Ueber die Bedeutung des Erlöschens vgl. § 243"; v. Wilmowsky und Levy 3. Aufl. Bd. 2 S. 75: „Das Erlöschen der Rechtshängigkeit versteht sich wie nach § 243 Abs. 3"), die Bestimmung des § 637 über das Erlöschen der Rechtshängigkeit mit den Bestimmungen des § 243 über die Folgen der Zurücknahme einer Klage in Parallele stellen, so kann ihnen darin nur beigestimmt werden. Denn in der That enthält die Nichtbenutzung der dem Mahnkläger gegebenen Frist zur Klagerhebung einen thatsächlichen Verzicht auf Fortsetzung der von ihm in Gang gebrachten gerichtlichen Verhandlung der Sache, einen einseitigen Rücktritt von seinen bisherigen gerichtlichen Schritten zur Geltendmachung des betr. Anspruchs, also ganz dasselbe, was auch die Zurücknahme einer bereits angestellten Klage bedeutet, und wenn nun schon letztere zur Folge hat, daß der Rechtsstreit als nicht abhängig gewesen angesehen werden soll, so muß das um so mehr im ersteren Fall gelten, wo eine wirkliche Klagerhebung noch gar nicht stattgefunden hat, vielmehr einer anderen Prozedur, der Zahlungsbefehlszustellung, durch besondere gesetzliche Bestimmung (§ 633) erst die Wirkung der Klagerhebung, daß die Sache nunmehr rechtshängig, beigelegt ist. Wie sehr dieses Resultat mit der Absicht des Gesetzgebers übereinstimmt, erhellt endlich aus den amtlichen Motiven, in denen nicht nur zu § 243 (234 des Entwurfs) sich der Satz findet: „Insbesondere gilt auch die durch Zustellung der Klagschrift bewirkte Unterbrechung der Verjährung als nicht eingetreten", sondern auch zu § 635 (588) als vorzüglichste Wirkung der Rechtshängigkeit die „Unterbrechung einer drohenden Verjährung" bezeichnet ist und von dieser Wirkung dann gesagt wird, sie sei im Fall des § 637 auf die Dauer von sechs Monaten beschränkt.

Digitized by Google

Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig vom 30. Juni 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 339 S. 480—482.

§ 638. **§ 638.**

Die Kosten des Mahnverfahrens sind im Falle der rechtzeitigen Erhebung des Widerspruchs als ein Theil der Kosten des entstehenden Rechtsstreits anzusehen.

Wird im Falle des § 637 die Klage nicht binnen der bestimmten Frist erhoben, so hat der Gläubiger die Kosten des Mahnverfahrens zu tragen.

Ger. K. G. § 37.

Vollstreckungsbefehl.

§ 639. **§ 639.**

Der Zahlungsbefehl ist nach Ablauf der darin bestimmten Frist auf Gesuch des Gläubigers für vorläufig vollstreckbar zu erklären, sofern nicht vor der Vollstreckbarkeitserklärung von dem Schuldner Widerspruch erhoben ist. Die Vollstreckbarkeitserklärung erfolgt durch einen auf den Zahlungsbefehl zu setzenden Vollstreckungsbefehl. In den Vollstreckungsbefehl sind die von dem Gläubiger zu berechnenden Kosten des bisherigen Verfahrens aufzunehmen.

Gegen den Beschluß, durch welchen das Gesuch des Gläubigers zurückgewiesen wird, findet sofortige Beschwerde statt.

Ger. K. G. § 37 Nr. 2.

Mahnverfahren. Zulässigkeit des Verzichts auf Widerspruch gegen einen Zahlungsbefehl. Die dem Schuldner in § 632 der C. P. O. gewährte zweiwöchige Frist zur Einlegung des Widerspruchs gegen einen Zahlungsbefehl gewährt diesem nur einen prozessualischen Rechtsbehelf und Vortheil, auf den er rechtsgültig verzichten kann, ähnlich wie es einem Beklagten freisteht, alsbald nach Eröffnung eines ihn zu einer Leistung verurtheilenden Erkenntnisses die Rechtskraft desselben anzuerkennen mit der Wirkung eines Verzichts auf die Einlegung von Rechtsmitteln. Die Erklärung, gegen den Zahlungsbefehl keinen Widerspruch erheben zu wollen, ist daher dem Ablauf der Widerspruchsfrist gleich zu erachten. Urtheil des O. L. G. zu Darmstadt vom 3. Juli 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 77 S. 109.

§ 640. **§ 640.**

Der Vollstreckungsbefehl steht einem für vorläufig vollstreckbar erklärten auf Versäumniß erlassenen Endurtheile gleich. Gegen denselben findet der Einspruch nach den Vorschriften der §§ 303—311 statt. Gehört der Anspruch nicht vor die Amtsgerichte, so wird bei dem Amtsgerichte nur darüber verhandelt und entschieden, ob der Einspruch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Die im § 637 bestimmte Frist beginnt in diesem Falle mit der Rechtskraft des Urtheils, durch welches der Einspruch für zulässig erklärt ist.

Ger. K. G. § 26 Nr. 6, § 30. R. A. G. O. § 20.

§ 641. **§ 641.**

Wird in dem Falle, wenn Widerspruch nicht erhoben ist, die Erlassung des Vollstreckungsbefehls nicht binnen einer sechsmonatigen Frist, welche mit Ablauf der im Zahlungsbefehle bestimmten Frist beginnt, nachgesucht, so verliert der Zahlungsbefehl dergestalt seine Kraft, daß auch die Wirkungen der Rechtshängigkeit erlöschen. Dasselbe gilt, wenn die Erlassung des Vollstreckungsbefehls rechtzeitig nachgesucht ist, das Gesuch aber zurückgewiesen wird.

§ 642. **§ 642.**

Das Gesuch um Erlassung eines Zahlungsbefehls oder eines Vollstreckungsbefehls, sowie die Erhebung eines Widerspruchs werden der anderen Partei abschriftlich nicht mitgetheilt; im Falle ihrer mündlichen Anbringung ist die Aufnahme eines Protokolls nicht erforderlich.

Digitized by Google

§ 643.

Des Nachweises einer Vollmacht bedarf es nicht, wenn für den Gläubiger die Erlassung eines Zahlungsbefehls oder für den Schuldner Widerspruch gegen einen Zahlungsbefehl erhoben wird.

R. A. G. O. § 38.

Achtes Buch.

Zwangsvollstreckung.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Bestimmungen.

I. Das rechtskräftige Urtheil als vollstreckbarer Schuldtitel.

§ 644.

§ 644.

Die Zwangsvollstreckung findet statt aus Endurtheilen, welche rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind.

Urtheile in Ehesachen dürfen nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden.

§§ 502, 702, 706. G. V. G. § 204. R. A. G. O. § 23 Nr. 2.

1. **Die Zwangsvollstreckungsvorschriften finden Anwendung auch auf Urtheile nach altem Prozeßrecht.** (R. G. 16. VI. 80.) A. II. (59.) 278.

2. **Derjenige, welcher aus einem zu seinen Gunsten ergangenen, vorläufig vollstreckbaren Urtheile die Zwangsvollstreckung betrieben hat, ist im Falle endgültiger Beseitigung des Urtheiles durch eine entgegengesetzte Entscheidung in höherer Instanz ohne Rücksicht auf ein ihm zur Last fallendes Verschulden dem Gegner nicht zum Ersatze des ihm durch die Zwangsvollstreckung entstandenen Schadens verpflichtet.** Allerdings hat für das Geltungsgebiet der Allgem. preußischen Gerichtsordnung das preußische Obertribunal wiederholt den Standpunkt vertreten, daß, sofern die Prozeßgesetze in bestimmten Fällen die Vollstreckung von Urtheilen vor ihrer Rechtskraft zuließen, diese Vollstreckung immer lediglich auf Gefahr desjenigen, der sie betreibe, erfolge, sodaß derselbe dem Gegner das Interesse zu vergüten habe, wenn sich aus den ferneren Entscheidungen ergebe, daß der Antragsteller zu dem mittels der Exekution Erzwungenen kein Recht gehabt habe. (Vgl. Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 31 S. 9 ff.; Striethorst, Archiv Bd. 37 S. 295 und Bd. 45 S. 7.) Der dritte Civilsenat des Reichsgerichtes vertritt in seinem Urtheil vom 3. Oktober 1882, (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 8 S. 21), in einer gelegentlichen, nur zur Analogie herangezogenen Ausführung für die Civilprozeßordnung denselben Standpunkt. Inwieweit diese frühere preußische Praxis in den zu ihrer Rechtfertigung angezogenen Gesetzen wirklich eine Stütze hat finden können, und ob ihr Ergebniß, insbesondere bei Vergleichung mit der im Falle einer Arrestanlegung in Bezug auf die Verantwortlichkeit gehandhabten Grundsätzen, (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 7 S. 374 ff.) ist bereits ausgeführt, daß, wie aus der Entstehungsgeschichte der Civilprozeßordnung deutlich hervorgehe, für den Fall

Digitized by Google

eines Arrestes eine Verpflichtung des Arrestklägers, im Falle seines Unterliegens dem Gegner den ihm durch die Arrestanlegung zugefügten Schaden zu ersetzen, nicht habe ausgesprochen werden sollen, daß vielmehr die Entscheidung, unter welchen Voraussetzungen solche Verpflichtung anzunehmen, nach den materiellen Bestimmungen der Landesgesetze über die Haftung für Beschädigung erfolgen sollte. Für den Fall der Vollstreckung eines vorläufig vollstreckbaren Urtheiles, insbesondere jedenfalls eines solchen, bei welchem nach § 648 Nr. 4 C. P. O. die Vollstreckbarkeit von Amts wegen auszusprechen ist, ergibt sich dieselbe Konsequenz aus der richtigen Würdigung des die Vollstreckbarkeit normirenden Gesetzes. Das Gesetz bestimmt die Wirkungen der Urtheilssprüche. Es verleiht einem Urtheil, auch wenn es noch angreifbar ist, unter bestimmten Voraussetzungen, und zwar hier unter einer festbestimmten, vom Antrage der Partei unabhängigen Voraussetzung, die Wirkung der Vollziehbarkeit. Das ist etwas ganz Anderes als die Ertheilung einer Ermächtigung an den Kläger zu einem Schritte, insofern sich dieser die sichere Annahme getraue, daß es bei dem Urtheile bleiben werde. Eine Entscheidung auf ein Arrestgesuch, insbesondere, wenn sie ohne mündliche Verhandlung erfolgt, ließe sich noch eher als ein bloßes Gewährenlassen auf Gefahr des Antragstellers, sofern seine Behauptungen nicht begründet sein sollten, ansehen. Das Urtheil macht aber Recht unter den Parteien und, wenn der Gesetzgeber in Würdigung und Anerkennung des dringenden Bedürfnisses nach raschem Vollzuge bei Streitverhältnissen bestimmter Art, wie im besonderen Vertrauen auf die Richtigkeit der ergangenen Urtheile wegen der besonderen Art des zu Grunde liegenden Streitstoffes oder der Prozeßverhandlungen gewissen Urtheilen die Vollziehbarkeit, obwohl die Urtheile noch angreifbar sind, zuspricht, so hat dies nicht den Sinn, daß die Ausübung des hiernach verliehenen Rechtes schon deßhalb zur Genugthuung verpflichte, weil das Urtheil im weiteren Verlaufe des Prozesses wieder aufgehoben wurde. Allerdings erfolgt die Beitreibung der Summe immer in der Voraussetzung, daß es bei dem Urtheile verbleiben werde, sodaß es sich danach rechtfertigen mag, wenn infolge Aufhebung des Urtheiles der Kläger außer der empfangenen Summe auch Zinsen von der Zeit des Empfangs ab zu vergüten hat. Daraus folgt aber nicht, daß die Beitreibungshandlung den Charakter der Unrechtmäßigkeit annähme. Bei solcher Auffassung würde die Zulassung vorläufiger Vollstreckbarkeit für den Kläger mehr verleitlich als nützlich sein. Die Partei soll, auch wenn sie ein Urtheil für sich hat, gewissermaßen prüfen, ob ihr das zugesprochene Recht auch wirklich zusteht. Aber, wenn sie dies in gutem Glauben annehmen darf, soll sie behufs Ausübung des ihr durch das Urtheil verliehenen Rechtes nicht noch besonders das Urtheil auf die Güte seiner Begründung und darauf, ob es wohl auch bestehen bleiben werde, abschätzen müssen. In der That wird auch in der Literatur ein anderer Standpunkt als der, daß eine Verantwortung nur entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts über Schadensersatz eintreten könne, kaum vertreten. (Vgl. v. Wilmowsky-Levy, Kommentar z. C. P. O. 3. Aufl. S. 763 Nr. 3; Gaupp, Kommentar Bd. 3 S. 147; Förster (Eccius), Preuß. Privatr. 5. Aufl. Bd. 1 S. 334.) **Eine solche Ersatzpflicht ist auch nicht nach materiellen Grund-**

Digitized by Google

sätzen des gemeinen Rechtes begründet. (R. G. 14. XI. 83.) R. C. XI. (111.) 416—418. (R. C. XI. (112.) 422).

3. **Im Zwangsversteigerungsverfahren ist der eingetragene Gläubiger nach dem Gesetze vom 13. Juli 1883 zur Anfechtung ihm vorgehender Hypothekenforderungen auf Grund der Vorschriften des Reichsanfechtungsgesetzes dann nicht befugt, wenn er einen der in den §§ 644. 702 C. P. O. erwähnten vollstreckbaren Schuldtitel nicht erlangt hat.** Das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 bezieht sich nach seinem § 1 auf alle Fälle der Befriedigung eines Gläubigers außerhalb des Konkursverfahrens und stellt damit auch die Anfechtung der Realgläubiger unter die allgemeinen Regeln, gleichviel ob das Vertheilungsverfahren das bewegliche oder das unbewegliche Vermögen betrifft. Daß danach die Realgläubiger auch bei der Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen zur Anfechtung nur dann berechtigt sind, wenn sie dem § 2 des Gesetzes entsprechend einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt haben, kann einem Zweifel nicht unterliegen. Die Gesetzesmotive heben dies auch ausdrücklich hervor, indem sie zugleich bemerken, daß, insoweit ein Absonderungsberechtigter den nach § 2 erforderlichen vollstreckbaren Titel nicht schon nach der Civilprozeßordnung erlangt haben sollte, die Landesgesetzgebung auf Grund des § 706 C. P. O. die etwa für nöthig zu erachtende Abhilfe würde schaffen können. (Vgl. Druckf. des Reichstages II. Session 1879 Nr. 115 S. 16. 17.) (R. G. 29. XI. 86.) R. C. XVII. (41.) 168. 168.

1. Rechtskraft.

§ 645.

§ 645.

Die Rechtskraft der Urtheile tritt vor Ablauf der für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels oder des zulässigen Einspruchs bestimmten Frist nicht ein. Der Eintritt der Rechtskraft wird durch rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels oder des Einspruchs gehemmt.

1. **Der Eintritt der Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit eines Urtheiles wird durch die rechtzeitige Einlegung der an sich zulässigen Revision auch dann gehemmt, wenn es an der gesetzlichen Beschwerdesumme fehlt.** Die für die Zwangsvollstreckung aus Urtheilen, welche nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt sind, erforderliche Rechtskraft dieser Urtheile tritt nach Vorschrift des § 645 C. P. O. vor Ablauf der für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels bestimmten Frist nicht ein, und der Eintritt der Rechtskraft wird durch rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels gehemmt. Diese Bestimmung, welche die Hemmung des Eintrittes der Rechtskraft von der rechtzeitigen Einlegung des an sich zulässigen Rechtsmittels (vgl. §§ 472. 497. 507 C. P. O.) abhängig macht, darf aber nicht in dem Sinne verstanden werden, als wenn beim Rechtsmittel der Revision es weiter auch noch darauf ankomme, ob entweder eine der Voraussetzungen vorliege, unter denen nach § 509 C. P. O. die Revision ohne Rücksicht auf den Werth stattfindet oder der die Zulässigkeit der Revision bedingende Werth des Beschwerdegegenstandes vorhanden sei (§ 508 C. P. O.). Denn über die Frage, ob die Beschränkungen, denen die Zulässigkeit der Revision nach den Vorschriften der gedachten §§ 508 und 509 a. a. O. unterliegt, im einzelnen Falle die Revision unzulässig machen, hat nur das Reichsgericht nach vorausgegangener mündlicher

Digitized by Google

Verhandlung zu entscheiden, und die dem § 645 a. a. O. gegebene Fassung berechtigt nicht zu der Annahme, daß der Eintritt der Rechtskraft eines Erkenntnisses, gegen welches das an sich statthafte Rechtsmittel rechtzeitig eingelegt worden, in Beziehung auf die konkrete Zulässigkeit des Rechtsmittels von der hierüber zu erwartenden Entscheidung der Instanz habe unabhängig sein sollen. Auch enthält die Civilprozeßordnung keine Bestimmungen, aus denen sich entnehmen ließe, daß dem Gerichtsschreiber eine sich auch hierauf erstreckende vorläufige Kognition habe beigelegt werden sollen. Und ohne Weiteres darf nicht vorausgesetzt werden, daß sich die Prüfung des Gerichtsschreibers nicht zu beschränken habe auf die meistens minder schwierigen Fragen, ob das eingelegte Rechtsmittel an sich statthaft und bei Einlegung desselben die dafür bestimmte Frist beobachtet worden. Andererseits kann aber auch ein erhebliches Bedenken nicht aus der Betrachtung entnommen werden, daß durch die Einlegung eines an sich statthaften, aber doch nach der konkreten Sachlage zweifellos unzulässigen Rechtsmittels dem Gegner ein bedeutender Schaden erwachsen kann. Denn dasselbe Bedenken macht sich auch für den Fall geltend, wenn das angegriffene Erkenntniß mit dem auch nach anderer Richtung beschränkten Rechtsmittel der Revision zweifellos nicht anfechtbar ist, und doch dies Rechtsmittel eingelegt wird. Und es bietet doch auch eben für diese Fälle die Möglichkeit der Erwirkung einer vorläufigen Vollstreckbarkeitserklärung um so mehr ein geeignetes Mittel zur Abwendung der durch die Verzögerung der Zwangsvollstreckung drohenden Schädigung, weil die Höhe der zu bestellenden Sicherheit dem richterlichen Ermessen unterliegt. (R. G. 26. IX. 82.) R. C. VIII. (102.) 356—358. A. VI. (89.) 391. 392. (R. C. VI. (117.) 380.)

2. **Einfluß der Einreichung eines demnächst nicht zugestellten Einspruchs- bezw. Rechtsmittel-Schriftsatzes zum Zweck der Terminbestimmung auf die Ertheilung der Vollstreckungsklausel.** Beschluß des O. L. G. zu Jena vom 14. Februar 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 268 S. 365 ff.

§ 646. **§ 646.**

Zeugnisse über die Rechtskraft der Urtheile sind auf Grund der Prozeßakten vom Gerichtsschreiber erster Instanz und, so lange der Rechtsstreit in einer höheren Instanz anhängig ist, von dem Gerichtsschreiber dieser Instanz zu ertheilen.

Insoweit die Ertheilung des Zeugnisses davon abhängt, daß gegen das Urtheil ein Rechtsmittel nicht eingelegt ist, genügt ein Zeugniß des Gerichtsschreibers des für das Rechtsmittel zuständigen Gerichts, daß innerhalb der Nothfrist ein Schriftsatz zum Zwecke der Terminsbestimmung nicht eingereicht sei.

§§ 662, 663.

1. **Das Zeugniß über Rechtskraft ist bei dem Gericht zu ertheilen, wo die Sache zur Zeit anhängig ist.** (R. G. 16. VI. 80.) A. II. (59.) 278.

2. **Nach den §§ 539, 646 der R. C. P. O.; § 45, Abs. 2; § 38, Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes kennt das Deutsche Prozeßrecht nicht bloß Entscheidungen des Richters, sondern auch des Gerichtsschreibers.** (R. G. 10. XI. 80.) A. III. (33.) 112.

3. **Auch die Gewährung des Antrags des § 646 der R. C. P. O. ist eine Entscheidung. Der Grund des Verlangens dieses Zeugnisses ist irrelevant.** (R. G. 10. XI. 80.) A. III. (33.) 112.

Digitized by Google

4. **Der Gerichtsschreiber des Berufungsgerichtes hat nach § 646 der C. P. O. das Zeugniß über die Rechtskraft des Urtheils I. Instanz zu ertheilen, wenn gegen zwei Streitgenossen erkannt, das Erkenntniß gegen den einen rechtskräftig geworden ist und gegen den andern Streitgenossen ein Rechtsmittel eingelegt ist.** Beschluß des Reichsgerichts vom 16. Juni 1880. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 87 S. 122. 123.

5. **Der Gerichtsschreiber des betr. Instanzgerichtes hat das Zeugniß über die Rechtskraft zu ertheilen, wenn die Revision eingelegt und zurückgenommen, der Verlust des Rechtsmittels aber noch nicht durch Urtheil ausgesprochen ist.** Mit der Zurücknahme der Revision ist der Verlust des Rechtsmittels verbunden (§§ 529, 476 der C. P. O.). Der Prozeß ist seitdem nicht mehr beim Reichsgericht anhängig und folgeweise die Gerichtschreiberei nicht mehr zuständig, das gewünschte Attest über die Rechtskraft zu ertheilen (§ 646 der C. P. O.). Daß der Revisionsbeklagte nach § 476 den Antrag formiren kann, den Verlust des Rechtsmittels und die Kostenpflichtigkeit des Revisionsklägers durch Urtheil auszusprechen, erhält nicht die Zuständigkeit des Reichsgerichts. Beschluß des Reichsgerichts vom 15. Juni 1881. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 313 S. 486.

6. **Der Gerichtsschreiber höherer Instanz ist zur Ertheilung eines Zeugnisses nach § 646 Abs. 2 C. P. O. nicht verpflichtet, wenn die Berufungs- oder Revisionsschrift bereits zum Zwecke der Terminbestimmung in der höheren Instanz eingereicht ist.** Ein Zeugniß nach Abs. 2 des § 646 enthält kein Urtheil darüber, ob die Voraussetzungen der Rechtskraft vorliegen, sondern lediglich eine Bezeugung der Thatsache, daß innerhalb oder, dafern der Beginn der Nothfrist nicht urkundlich nachgewiesen ist, bis zum Tage der Ausstellung des Zeugnisses ein Schriftsatz zur Terminsbestimmung nicht eingereicht ist. Ein Zeugniß über diese Thatsachen kann auch dann ausgestellt werden, wenn über die Gesetzmäßigkeit der Zustellung, von welcher der Beginn der Nothfrist abhängt, unter den Parteien ein Streit obwaltet, welcher demnächst durch Urtheil zu entscheiden ist. Das nach Abs. 2 des § 646 auszustellende Zeugniß des Gerichtsschreibers des für das Rechtsmittel zuständigen Gerichtes wird lediglich zu dem Zwecke ausgestellt, die Grundlage für das nach Abs. 1 des § 646 zu ertheilende Zeugniß über die Rechtskraft des Urtheiles oder die nach § 662 zu ertheilende Vollstreckungsklausel abzugeben; die Verpflichtung zur Ausstellung desselben erstreckt sich nur soweit, wie dieser Zweck es erfordert. Die Ausstellung jenes Zeugnisses wäre aber zwecklos, wenn der um Ertheilung desselben angegangene Gerichtsschreiber selbst derjenige ist, welchem die Ertheilung des Zeugnisses über die Rechtskraft oder der Vollstreckungsklausel zusteht. Ist der Rechtsstreit in der höheren Instanz anhängig, so ist nach §§ 646 Abs. 1 und 662 der Gerichtsschreiber dieser Instanz zur Ertheilung des Zeugnisses über die Rechtskraft oder der Vollstreckungsklausel zuständig, und diese Zuständigkeit beginnt, wenngleich in anderer Beziehung der Rechtsstreit erst durch die Einlegung des Rechtsmittels mittels Zustellung eines Schriftsatzes (§§ 479. 515) in die Rechtsmittelinstanz gelangt, nach der zutreffenden Bemerkung von Struckmann-Koch, Kommentar Ausg. 4 § 646 Anm. 4, schon mit der Einreichung dieses Schriftsatzes bei

Digitized by Google

dem Gerichte höherer Instanz zum Zwecke der Terminsbestimmung. Von diesem Zeitpunkte an hat der Gerichtsschreiber des für das Rechtsmittel zuständigen Gerichtes nicht die Verpflichtung, ein Zeugniß nach Satz 2 des § 646 auszustellen. (R. G. 7. VII. 83.) R. C. IX. (112.) 386. 387.

7. **Der Gerichtsschreiber kann die Ertheilung der Vollstreckungsklausel während der Gerichtsferien nicht ablehnen.** Der § 202 des G. V. G. ordnet keineswegs an, daß während der Ferien die Thätigkeit der Gerichte überhaupt ruhen soll, sondern bestimmt nur, daß während der Ferien nur in Feriensachen Termine abgehalten und Entscheidungen erlassen werden sollen. Selbstverständlich können daher gerichtliche Handlungen und Anordnungen in anderen, als Feriensachen mit voller rechtlicher Wirksamkeit erlassen werden, also z. B. Termine nach den Ferien angesetzt und überhaupt prozeßleitende Verfügungen getroffen werden (Struckmann u. Koch, Komm. zu § 202 des G. V. G.). Daß die Thätigkeit des Gerichtsschreibers nach irgend einer Richtung während der Ferien zu ruhen habe, ist nicht angeordnet, und ebensowenig kann die ihm durch die C. P. O. übertragene Ertheilung der Zeugnisse über die Rechtskraft eines Urtheils oder die Ertheilung der Vollstreckungsklausel als eine Entscheidung im Sinn des § 202 des G. V. G. angesehen werden. Schon hiernach erscheint daher die Verweigerung der Ertheilung der Vollstreckungsklausel während der Gerichtsferien ungerechtfertigt; sie ist es aber auch um deßwillen, **weil die Ausfertigung der Vollstreckungsklausel zum Zwangsvollstreckungsverfahren** gehört, auf welches letztere nach § 204 des G. V. G. die Ferien ohne Einfluß sind. Auch sagt § 204 des G. V. G. nicht, daß die Ferien auf die Zwangsvollstreckung keinen Einfluß üben, sondern daß sie auf das Zwangsvollstreckungsverfahren keinen Einfluß üben, also nicht auf alle die Vorschriften, die erforderlich sind, um eine Zwangsvollstreckung herbeizuführen, welche Vorschriften eben den Inhalt des 8. Buchs der C. P. O. bilden. Beschluß des O. L. G. zu Jena vom 1. August 1881. Blätter f. Rechtspfl. in Thüringen ꝛc. N. F. Bd. 10 S. 70. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 170 S. 243.

8. **Diejenige Handlungen, welche erforderlich sind, um das Urtheil rechtskräftig zu machen, gehören noch zu derjenigen Instanz, in welcher das zu vollstreckende Urtheil ergangen ist,** und ändert hieran der Umstand nichts, daß die Vollstreckungsklausel wegen § 646 vom Gerichtsschreiber der höheren Instanz ertheilt worden ist. (R. G. 26. IX. 83.) R. C. XI. (90.) 365.

§ 647. **§ 647.**

Wird die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder eine Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt, so kann das Gericht auf Antrag anordnen, daß die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt werde oder nur gegen Sicherheitsleistung stattfinde, und daß die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien. Die Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung ist nur zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachtheil bringen würde.

Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

§§ 657, 541 ff. Ger. K. G. § 35 Nr. 2. R. A. G. O. § 23 Nr. 1, § 29 Nr. 4.

Digitized by Google

2. Vorläufige Vollstreckbarkeit.

§ 648.

§ 648.

Auch ohne Antrag sind für vorläufig vollstreckbar zu erklären:

1. Urtheile, welche auf Grund eines Anerkenntnisses eine Verurtheilung aussprechen (§ 278);
   § 427 Abs. 2.
2. Urtheile, welche den Eintritt der in einem bedingten Endurtheile ausgedrückten Folgen aussprechen;
3. ein zweites oder ferneres in derselben Instanz gegen dieselbe Partei zur Hauptsache erlassenes Versäumnißurtheil;
   § 310.
4. Urtheile, welche im Urkunden- oder Wechselprozesse erlassen werden;
   § 562.
5. Urtheile, durch welche Arreste oder einstweilige Verfügungen aufgehoben werden;
6. Urtheile, welche die Verpflichtung zur Entrichtung von Alimenten aussprechen, soweit die Alimente für die Zeit nach der Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr zu entrichten sind.

Als Alimente soll die gemäß des § 3 des Reichshaftgesetz. v. 7./6. 71 zuerkannte Entschädigungsrente nicht angesehen werden. Entsch. des R. O. H. G. v. 14./9. 77.

§ 649.

§ 649.

Urtheile sind auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären, wenn sie betreffen:

1. Streitigkeiten zwischen Vermiethern und Miethern von Wohnungs- und anderen Räumen wegen Ueberlassung, Benutzung und Räumung derselben, sowie wegen Zurückhaltung der vom Miether in die Miethsräume eingebrachten Sachen;
2. Streitigkeiten zwischen Dienstherrschaft und Gesinde, zwischen Arbeitgebern und Arbeitern hinsichtlich des Dienst- und Arbeitsverhältnisses, sowie die im § 108 der Gewerbeordnung bezeichneten Streitigkeiten, insofern dieselben während der Dauer des Dienst-, Arbeits- oder Lehrverhältnisses entstehen;
3. Streitigkeiten zwischen Reisenden und Wirthen, Fuhrleuten, Schiffern, Flößern oder Auswanderungsexpedienten in den Einschiffungshäfen, welche über Wirthszechen, Fuhrlohn, Ueberfahrtsgelder, Beförderung der Reisenden und ihrer Habe und über Verlust und Beschädigung der letzteren, sowie Streitigkeiten zwischen Reisenden und Handwerkern, welche aus Anlaß der Reise entstanden sind;
4. andere vermögensrechtliche Ansprüche, sofern der Gegenstand der Verurtheilung an Geld oder Geldeswerth die Summe von dreihundert Mark nicht übersteigt; in Betreff des Werthes des Gegenstandes kommen die Vorschriften der §§ 3—9 zur Anwendung.

§ 650.

§ 650.

Urtheile sind auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Aussetzung der Vollstreckung dem Gläubiger einen schwer zu ersetzenden oder einen schwer zu ermittelnden Nachtheil bringen würde, oder wenn sich der Gläubiger erbietet, vor der Vollstreckung Sicherheit zu leisten.

§ 266, 672.

§ 651.

§ 651.

Wird glaubhaft gemacht, daß die Vollstreckung des Urtheils dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachtheil bringen würde, so ist in den Fällen des § 648 auf Antrag des Schuldners auszusprechen, daß dasselbe nicht vorläufig vollstreckbar sei; in den Fällen der §§ 649, 650 ist der Antrag des Gläubigers zurückzuweisen.

Ger. K. G. § 26 Nr. 7. R. A. G. O. § 20.

§ 652.

§ 652.

Das Gericht kann auf Antrag die vorläufige Vollstreckbarkeit von einer vorgängigen Sicherheitsleistung abhängig machen.

Digitized by Google

Das Gericht hat auf Antrag dem Schuldner nachzulassen, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden, wenn nicht der Gläubiger sich erbietet, vor der Vollstreckung Sicherheit zu leisten.

659, 738.

1. **Die Stellung einer Sicherheit, von welcher die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Urtheils abhängt, gehört noch zu derjenigen Instanz, in welcher das zu vollstreckende Urtheil ergangen ist.** (R. G. 26. IX. 83.) R. C. XI. (90.) 365.

2. **Der Gläubiger erwirkt an der Sicherheitssumme, welche der Schuldner zum Zwecke der Abwendung der Zwangsvollstreckung bei Gericht einzahlt, ein Pfandrecht (und, im Falle des späteren Konkurses des Schuldners, ein Absonderungsrecht).** Die Frage, welche materielle Bedeutung einer prozessualischen Sicherheit beizulegen sei, die durch Hinterlegung in barem Gelde zum Zwecke der Abwendung der vorläufigen Vollstreckung eines Urtheiles geleistet wird, ist weder in der Civilprozeßordnung, noch in der Konkursordnung entschieden und muß nach dem geltenden bürgerlichen Recht beantwortet werden. Nach römischem Rechte mußte eine Realkaution ordnungsmäßig durch Bürgen (satisdatio) geleistet werden; die italienische und deutsche Praxis hat jedoch schon seit der Glossatorenzeit auf Grund der l. 7 Dig. de stipul. praet. 46,5 und anderer für bestimmte Fälle gegebenen Vorschriften auch die Kautionsleistung durch Pfandbestellung eingeführt und die Hinterlegung der Sicherheit bei dem Gläubiger oder an dessen Stelle bei dem zuständigen Prozeßgerichte als eine Unterart der Verpfändung betrachtet, gleichviel, ob die Hinterlegung durch nicht vertretbare Sachen oder durch bares Geld erfolgte. (Vgl v. Wächter, Württ. Privatrecht Bd. 2 § 50 S. 345 ff.; Schlayer in der Zeitschrift f. C. R. u. Pr. N. F. Bd. 9 S. 198 ff.; v. Wetzell, Civilprozeß 3. Aufl. § 30 zu Note 68 ff.) Daß insbesondere bares Geld, selbst wenn es unverschlossen (zugezählt) deponirt wird, als ein der Verpfändung fähiger Gegenstand erscheint, ist nicht zu bezweifeln. Diese Grundsätze sind unbedenklich auf Fälle der Hinterlegung zum Zwecke der Sicherheitsleistung zu erstrecken. Es entspricht dem Zwecke einer solchen Hinterlegung, daß die dem Gläubiger dadurch gewährte Sicherheit nicht durch die Dazwischenkunft Dritter oder durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners vereitelt werde. Wenn das Gesetz einerseits dem Schuldner gestattet, durch Hinterlegung einer Baarsumme die drohende Zwangsvollstreckung abzuwenden, und andererseits den Gläubiger zwingt, sich statt der Zahlung mit einer bloßen Sicherheitsleistung zu begnügen, so muß dem letzteren nothwendig ein stärkeres Recht an dem Gegenstande der Kaution zugestanden werden, als ein bloß persönlicher Anspruch. Auf keinen Fall kann sich der Schuldner, welcher durch Leistung der geforderten Kaution eine ihm obliegende Verbindlichkeit erfüllt, dem Gläubiger gegenüber darauf berufen, daß es nicht in seiner Absicht gelegen habe, ein Pfandrecht an der hinterlegten Barsumme zu bestellen; sein Verpfändungswille wird vom Gesetze unterstellt und wirkt zu Gunsten des Gläubigers auch gegen Dritte. Eine solche Kaution ist weder ein irreguläres Depositum, noch hat der Gläubiger daran ein bloßes Retentionsrecht. Von dem gewöhnlichen Faustpfande unterscheidet sich jenes Pfandrecht nur insofern, als dabei kein Verkauf des Pfand-

Digitized by Google

objektes stattfindet, die Realisirung des Rechtes des Gläubigers vielmehr dadurch erfolgt, daß nach Erledigung der Sache zu Gunsten des letzteren diesem die hinterlegte Summe zum Zwecke seiner Befriedigung durch gerichtliche Verfügung überwiesen wird. Ein Rückforderungsrecht des Deponenten mittels der Pfandklage tritt jedenfalls nur unter der Voraussetzung ein, daß der Deponent entweder im Prozesse obsiegt, oder den Anspruch, zu dessen Sicherheit die Kaution dient, befriedigt. (Vgl. l. 9 § 3 Dig. de pignor. act. 13, 7.) Ein Bedenken gegen die Annahme eines vertragsmäßigen Faustpfandes läßt sich endlich daraus nicht herleiten, daß die Kautionssumme dem Gerichte eingezahlt wird. Denn das Prozeßgericht handelt hier für den Gläubiger, indem es als (gesetzlicher) Stellvertreter desselben die eingezahlte Sicherheitssumme in Besitz und Verwahrung nimmt. Ein solcher Fall steht demjenigen, in welchem dem Gläubiger unmittelbar der Besitz der Geldsumme übertragen wird, in Ansehung seiner Wirkungen vollkommen gleich. (Vgl. Entsch. des R. O. H. G.'s Bd. 21 Nr. 127 S. 398.) Zu demselben Ergebnisse gelangt denn auch, in Anschluß an die Motive und die Kommissionsverhandlungen zu den §§ 101. 709 C. P. O. und den §§ 40. 41 K. O. die überwiegende Mehrzahl der Kommentatoren, obwohl dieselben zum Theile von einem durch die Hinterlegung der Sicherheitssumme begründeten, dem Vertragspfande „gleichstehenden" oder ähnlichen Rechte reden. (Vgl. u. a. Wilmowsky-Levy, Sarwey, Petersen in den Kommentaren zur C. P. O. zu §§ 101. 709 und zur K. O. zu § 41; Gaupp, Seuffert, Struckmann-Koch in den Kommentaren zur C. P. O. zu §§ 101. 709; Stieglitz und v. Völderndorff in den Kommentaren zur K. O. zu § 41.) — (R. G. 5. XII. 84.) R. C. XII. (55.) 222—226.

3. Es ist der Prozeßpartei nach § 652 der C. P. O. gestattet zu beantragen, daß das Urtheil gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt werde. Es erscheint somit ein solcher Antrag als ein Akt zweckentsprechender Rechtsverfolgung. Wenn daher vom Richter dem Antrage gefügt wird, mit der Anordnung, daß die Bestellung der Sicherheit durch Hinterlegung in barem Gelde oder in Werthpapieren zu bewirken sei, so **stellen sich die durch eine solche Hinterlegung unvermeidlich entstehenden Kosten, also auch die Depositalgebühren, als nothwendig im Sinn vom § 87 der C. P. O. dar**; es ist mithin der unterliegende Theil verpflichtet, sie dem Gegner zu erstatten. Beschluß des O. L. G. zu Jena vom 30. März 1885. Bl. f. Rechtspfl. in Thüringen ꝛc. Bd. 33 S. 161. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 56 S. 83.

§ 653.

§ 653.

Die in den §§ 649—652 erwähnten Anträge sind vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung zu stellen, auf welche das Urtheil ergeht.

Der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils ist noch in zweiter Instanz zulässig. Materielle Erfordernisse desselben. Die formelle Zulässigkeit des Antrags ist nicht zu beanstanden. Wenn in § 653 der C. P. O. bestimmt wird, daß der Antrag auf vorläufige Vollstreckung des Urtheils vor dem Schluß der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, gestellt werden muß, so ist dies nur eine Konsequenz des von der C. P. O. angenommenen Grundsatzes, daß schon in dem

Digitized by Google

Urtheil selbst über dessen vorläufige Vollstreckbarkeit entschieden werden soll. Ist dies aus dem Grunde unterblieben, weil, soweit es dazu eines Antrags bedarf, solcher nicht gestellt ist, so bietet die Berufungsinstanz, in welcher der Rechtsstreit von Neuem verhandelt wird, die Gelegenheit zur Nachholung solchen Antrags ebenso gut, wie zur Nachholung von in 1. Instanz unterbliebenen Einreden und Beweisanträgen. Ist Beklagter der Ber.-Kläger, so folgt die Berechtigung des Klägers zur nunmehrigen Nachholung des Antrags auf vorläufige Vollstreckung des Urtheils aus seinem Recht auf Anschließung an die Berufung (§ 482 der C. P. O.); und daß über den Antrag auch in solchem Fall vor Verhandlung in der Hauptsache verhandelt und entschieden werden kann, ergibt sich aus der darüber im § 656 der C. P. O. gegebenen generellen Bestimmung (vgl. noch Seuffert, Komm. zu § 653 Anm. 1 (2. Aufl. S. 782); v. Wilmowsky u. Levy, Komm. 4. Aufl. S. 775). Urtheil des O. L. G. zu Kiel vom 22. August 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 269 S. 366 ff.

§ 654. **§ 654.**

Ist der Antrag, das Urtheil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, übergangen oder ist in Fällen, in welchen ein Urtheil ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist, eine Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht erfolgt, so kommen wegen Ergänzung des Urtheils die Vorschriften des § 292 zur Anwendung.

§ 655. **§ 655.**

Die vorläufige Vollstreckbarkeit tritt mit der Verkündung eines Urtheils, welches die Entscheidung in der Hauptsache, oder die Vollstreckbarkeitserklärung aufhebt oder abändert insoweit außer Kraft, als die Aufhebung oder Abänderung erfolgt.

Soweit ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil aufgehoben oder abgeändert wird, ist der Kläger auf Antrag des Beklagten zur Erstattung des von diesem auf Grund des Urtheils Gezahlten oder Geleisteten zu verurtheilen.

1. **Der Kläger kann auf Grund des § 655 Abs. 2 der C. P. O. nicht auch zur Zahlung von Zinsen verurtheilt werden,** denn diese singuläre Bestimmung läßt irgend eine Ausdehnung auf andere, aus der Pfändung für Beklagten gegen die klagende Partei erwachsene Ansprüche nicht zu (vgl. auch v. Wilmowsky und Levy, Komm. § 655 Nr. 2). Urtheil des O. L. G. zu Jena vom 20. Oktober 1884. Bl. f. Rechtspfl. in Thüringen Bd. 33 S. 67 ff. S. A. XLI bezw. XI (254.) 381. 382.

2. **Der Antrag auf Verurtheilung des Klägers zur Erstattung des auf Grund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheils Gezahlten braucht nicht vor Schluß der mündlichen Verhandlung gestellt werden, auf welche das aufhebende Urtheil ergeht.** Wenngleich der § 655 Abs. 2 der C. P. O. von der Mehrzahl der Kommentatoren dahin verstanden wird, daß, um in demselben Prozeß eine Erstattung des auf Grund des Urtheils der früheren Instanz Gezahlten oder Geleisteten zu erlangen, der bezügliche Antrag des Beklagten vor der das frühere Urtheil aufhebenden Entscheidung gestellt werden müsse, so kann doch diese, auch von Endemann Komm. Bd. 3 S. 12 beanstandete, Auffassung für richtig nicht angesehen werden. In dem Wortlaut des Gesetzes hat diese vermeintliche Nothwendigkeit keinen Ausdruck gefunden; dieser führt nicht weiter, als daß es überhaupt eines Antrags des Beklagten bedarf, um auf die Erstattung des Gezahlten oder Geleisteten erkennen zu können. Innerlich motivirt ist das Verlangen einer Antragstellung vor Erlaß des Aufhebungsurtheils

Digitized by Google

nicht, weil dadurch der Zweck, welcher der fraglichen Gesetzesbestimmung zu Grunde liegt, nämlich auf dem einfachsten Wege res integra herzustellen und die Anstellung einer besonderen Klage seitens des Beklagten entbehrlich zu machen (vgl. die Aeßerungen des Abgeordneten v. Forcade, auf dessen Antrag in der Reichstagskommission die in Frage stehende Bestimmung in die C. P. O. aufgenommen ist, in Hahn, Materialien zur C. P. O. I. S. 803 f.), in vielen Fällen vereitelt werden würde, nämlich in allen den Fällen, wo die Vollstreckung erst nach der mündlichen Verhandlung, auf welche das aufhebende Urtheil ergeht, erfolgt oder sich mit derselben kreuzt und demnach der Beklagte außer Stande ist, bereits in jener mündlichen Verhandlung den bezüglichen Antrag zu stellen. Für eine verschiedenartige Behandlung solcher Fälle und der Fälle, wo der bezügliche Antrag schon in der mündlichen Verhandlung vor dem reformatorischen Urtheil hätte gestellt werden können, würde es aber wieder an jedem Anhaltspunkt im Gesetz fehlen. Wenn freilich in der Reichstagskommission von anderer Seite (vgl. Hahn a. a. O.) Aeußerungen gefallen sind, welche in der Richtung der Nothwendigkeit einer vorgängigen Antragstellung liegen, so ist zu berücksichtigen, daß von dieser Seite überhaupt die Annahme des v. Forcade'schen Antrages widerrathen ward, letzterer aber gleichwohl Annahme fand. Endlich ist zu berücksichtigen die gegensätzliche Behandlung der hier fraglichen Bestimmung im Verhältniß zu der Behandlung derjenigen Bestimmungen in der C. P. O., welche sich auf die auf Antrag auszusprechende vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung von Urtheilen beziehen. Während hinsichtlich eines solchen Antrags in § 653 ausdrücklich ausgesprochen ist, daß derselbe zu stellen sei, vor dem Schluß der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, findet sich eine entsprechende Bestimmung in Betreff des im § 655 Abs. 2 vorgesehenen Antrags des Beklagten auf Erstattung des auf Grund des früheren Urtheils Gezahlten oder Geleisteten nicht. Wenn nun ohne die erwähnte Bestimmung des § 653 angenommen werden müßte, daß die in den §§ 649 und 650 vorgesehenen Anträge auf Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit auch noch nach Verkündung dieses Urtheils gestellt werden dürften, indem es ja sonst der betreffenden Bestimmung des § 653 nicht bedurft haben würde, so muß aus dem Fehlen einer entsprechenden Bestimmung hinsichtlich des im § 655 Abs. 2 erwähnten Antrags abgeleitet werden, daß hier in der That eine dem Urtheil vorgängige Antragstellung nicht verlangt werden sollte. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 9. März 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 68 S. 101. 102.

§ 656.

§ 656.

In der Berufungsinstanz ist über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf Antrag vorab zu verhandeln und zu entscheiden.

Die Bestimmung des § 486 über die Vertagung der mündlichen Verhandlung findet in diesem Falle keine Anwendung.

Eine Anfechtung der in der Berufungsinstanz über die vorläufige Vollstreckbarkeit erlassenen Entscheidung findet nicht statt.

§ 689.

§ 657.

§ 657.

Wird gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil der Einspruch oder ein Rechtsmittel eingelegt, so finden die Vorschriften des § 647 entsprechende Anwendung.

Ger. K. G. § 35 Nr. 2. R. A. G. O. § 23 Nr. 1, § 29 Nr. 4.

Digitized by Google

Der Einhalt der Vollstreckung eines nach Maßgabe des § 52 ff. des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 errichteten und richterlich für vollstreckbar erklärten Vertheilungsplanes darf auf Grund von Bestimmungen der Civilprozeßordnung nicht angeordnet werden. Der § 56 wird nämlich nach § 13 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung von dieser nicht berührt, es verbleibt demnach bei seiner im Interesse der schleunigen Ordnung des Verhältnisses der Genossenschafter zu einander gegebenen Vorschrift, wonach die Anstellung der Klage und die Einleitung des Prozesses die Exekution des für vollstreckbar erklärten Vertheilungsplanes nicht hemmen sollen. (R. G. 6. VI. 82.) R. C. VII. (95.) 318. 319.

§ 658. **§ 658.**

Ist auf Bewirkung einer Eintragung im Grund- oder Hypothekenbuche erkannt, so darf das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urtheil nur in der Weise vollzogen werden, daß die Eintragung in der zur Sicherstellung eines Anspruchs auf Eintragung vorgeschriebenen Form (Vormerkung, Protestation, arrestatorische Verfügung, Dispositionsbeschränkung u. s. w.) erfolgt.

§ 659. **§ 659.**

Ist in Gemäßheit des § 652 Abs. 2 dem Schuldner nachgelassen, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden, so ist gepfändetes Geld oder der Erlös gepfändeter Gegenstände zu hinterlegen.

3. Die Vollstreckbarkeit von Urtheilen ausländischer Gerichte.

§ 660. **§ 660.**

Aus dem Urtheil eines ausländischen Gerichts findet die Zwangsvollstreckung nur statt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurtheil ausgesprochen ist.

Für die Klage auf Erlassung desselben ist das Amtsgericht oder Landgericht, bei welchem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen das Amtsgericht oder Landgericht zuständig, bei welchem in Gemäßheit des § 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann.

Ger. K. G. § 26 Nr. 8. R. A. G. O. § 20.

1. Der I. Civilsenat des Reichsgerichtes ist, ohne die Frage selbst zu entscheiden, in den Entscheidungsgründen früherer Erkenntnisse (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 8 S. 487, Bd. 9 S. 374) der Ansicht gefolgt, daß durch die Zulassung einer Klage auf Erlaß eines Vollstreckungsurtheils in § 660 die Anstellung einer Klage auf Verurtheilung zur Zahlung auf Grund eines ausländischen Urtheiles nicht ausgeschlossen sei. Dagegen hat der IV. Civilsenat des Reichsgerichts durch Urtheil vom 2. Juni 1885 — ohne nähere Begründung — ausgesprochen, daß **die in § 660 gegebene Klage auf Erlaß eines Vollstreckungsurtheiles der für die Ausführung der Urtheile ausländischer Gerichte in der Civilprozeßordnung gewiesene einzige Weg und aus der den Beklagten zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme verurtheilenden Entscheidung eines ausländischen Gerichtes eine Klage mit dem Antrage auf Verurtheilung zur Zahlung der in dem Urtheile bereits zugesprochenen Geldsumme nach der Civilprozeßordnung nicht statthaft ist.** In Folge der hierdurch veranlaßten weiteren Prüfung der Frage schloß sich der I. Civilsenat des Reichsgerichtes der Ansicht des IV. Civilsenates aus nachstehenden Gründen an. Wie das ganze achte Buch der Civilprozeßordnung dazu bestimmt ist, die Zwangsvollstreckung vollständig neu zu ordnen, so ist auch in den einen

Digitized by Google

Theil desselben bildenden Vorschriften der §§ 660. 661 eine vollständige und erschöpfende Regelung der Zwangsvollstreckung aus Urtheilen ausländischer Gerichte zu finden. Es ist daher hiermit auch entschieden, ob ausländische Urtheile als solche vollstreckbar sind, oder ob im Inlande nur Urtheile inländischer Gerichte vollstreckt werden, mithin an die Stelle des ausländischen Urtheiles ein inländisches zu treten hat, bevor Zwangsvollstreckung im Inlande erlangt werden kann. Nachdem der Grundsatz des Parteibetriebs auch in Beziehung auf die Vollstreckung ausländischer Urtheile angenommen, mithin die Vollstreckung auf Ersuchen des auswärtigen Gerichtes ausgeschlossen und ein Antrag der aus dem Urtheile Rechte herleitenden Partei erfordert war, nachdem ferner bestimmt war, daß dieser Antrag bei ausländischen Urtheilen immer auf dem — bei inländischen Urtheilen nur unter besonderen Voraussetzungen (§ 667) eintretenden — Wege der Klage zu erfolgen habe, bedurfte es einer weiteren Bestimmung darüber, worauf diese Klage zu richten sei. Indem diese Bestimmung im § 660 dahin erfolgte, daß die Klage auf Erlaß eines *Vollstreckungsurtheiles* zu richten ist, und daß die Zwangsvollstreckung aus dem Urtheile eines ausländischen Gerichtes *nur* stattfindet, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurtheil ausgesprochen ist, ist einerseits anerkannt, daß es der Umwandlung des ausländischen Urtheiles in ein inländisches durch Verurtheilung des Beklagten auf Grund des ersteren *nicht bedarf*, vielmehr das ausländische Urtheil als solches für vollstreckbar zu erklären ist, andererseits aber auch, daß immer ein Vollstreckungsurtheil nöthig, mithin es *nicht zulässig* ist, die Zwangsvollstreckung aus einem ausländischen Urtheile ohne Vollstreckungsurtheil dadurch herbeizuführen, daß die Umwandlung des ausländischen Urtheiles in ein inländisches durch Verurtheilung des Beklagten auf Grund des ersteren erwirkt wird. Daß bei dieser Auslegung § 660 a. a. O. in das bürgerliche Recht eingreift, indem er eine nach letzterem zulässige Judikatsklage auf Erfüllung des Urtheiles ausschließt, ist kein Grund, diese Auslegung zu verwerfen, da die Civilprozeßordnung auch in anderen Beziehungen und insbesondere auch hinsichtlich der Wirkungen der Rechtskraft der Urtheile über das prozessuale Gebiet hinausgehend in das bürgerliche Recht eingreift. Auch wenn man annähme, daß § 660 die erwähnte Judikatsklage nicht ausschließe, müßte man doch annehmen, daß er dieselbe beschränke, indem er sie nur unter den im § 661 a. a. O. bestimmten Voraussetzungen zulasse (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 8 S. 387); es würde also auch bei dieser Auslegung ein Eingriff der Civilprozeßordnung in das bürgerliche Recht vorliegen. Daß aber eine solche Klage aus Urtheilen ausländischer Gerichte nicht bloß eingeschränkt, sondern ausgeschlossen werden sollte, ist deßhalb glaubhaft, weil kein praktisches Bedürfniß vorhanden ist, in Fällen, wo die Vollstreckung eines ausländischen Urtheiles unmittelbar erreicht werden kann, auch noch den indirekten Weg der Verurtheilung durch ein inländisches Gericht behufs Vollstreckung dieses inländischen Urtheiles zu gestatten. (R. G. 30. VI. 86.) R. C. XVI. (106.) 432. 433.

2. Der Wortlaut der Vorschrift in § 660 Abs. 1 der C. P. O. geht davon aus, daß der Gesetzgeber, wenn er die Zwangsvollstreckung lediglich „aus dem Urtheil eines ausländischen Gerichts" für zulässig er-

Digitized by Google

klärt, damit an der ausnahmslos durch das ganze Gesetz festgehaltenen **Gegenüberstellung von Urtheilen und sonstigen Entscheidungen** (Beschlüssen) — vgl. § 272 ff. und 294 der C. P. O. — habe festhalten und die Zwangsvollstreckung aus letzteren, wenn sie von einem ausländischen Gericht erlassen wurden, nicht habe verfügen wollen. Unter **Erkenntnissen** können nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ebenfalls nur Urtheile verstanden werden, wie denn auch die gleiche Ansicht der Motive aus dem beigesetzten Citat erhellt. Denn auch nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Civilprozesses, vgl. Wetzell, System 3. Aufl. § 38 S. 469, erstreckt sich der unter allen gesitteten Staaten zu gewährende völkerrechtliche Schutz lediglich darauf, daß die aus einem rechtskräftigen Urtheil entspringende actio judicati und exceptio rei judicatae auch im Auslande realisirt werden können. Für die **Prüfung, was als Urtheil eines ausländischen Gerichts im Sinn von § 660 zu gelten habe,** muß unter Berücksichtigung des letzteren untersucht werden, ob der Richterspruch, dessen Vollstreckung im deutschen Reich erwirkt werden soll, denjenigen Voraussetzungen entspreche, welche nach deutschem Recht als die wesentlichen Begriffsmomente des Urtheils im Sinn der C. P. O. erschienen. Urtheil des O. L. G. zu Dresden vom 17. Juni 1886. Wengler's Archiv N. F. Jahrg. 7 S. 580 ff. S. A. Bd. 12 bezw. 42 Nr. 79 S. 112—114.

3. Die deutsche Civilprozeßordnung gestattet beim Vorhandensein der fünf allgemeinen Voraussetzungen des § 661 Abs. 2 a. a. O. aus dem ausländischen Urtheile eine Klage auf Zulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung desselben durch ein Vollstreckungsurtheil, also die actio judicati, zum Zwecke der Herstellung eines inländischen exekutiven Titels. Daraus aber, daß dieses Vollstreckungsurtheil ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der auswärtigen Entscheidung zu erlassen und beim Mangel auch nur eines der fünf unerläßlichen Erfordernisse zu versagen ist, folgt nicht, daß es nur wegen eines derartigen Mangels und nicht auch aus anderen Gründen versagt werden kann. Dies ergibt sich aus der Verschiedenheit der Vorbedingungen der Zwangsvollstreckung aus ausländischen und inländischen Urtheilen, welche nur mit Einschränkungen gestatten, das Vollstreckungsurtheil des § 660 a. a. O. mit der Vollstreckungsklausel des § 662 a. a. O. in Parallele zu stellen. Das inländische unbedingte Endurtheil wird mit seiner Rechtskraft vollstreckbar (§ 644 a. a. O.) und erfolgt daraus die Zwangsvollstreckung auf Grund einer vollstreckbaren Urtheilsausfertigung (§ 662 a. a. O.). Die Entscheidung über Einwendungen des Schuldners, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, kann von dem Gerichte, dessen Gerichtsschreiber sie ertheilt hat, ohne vorgängige mündliche Verhandlung getroffen werden. Zur Vorbereitung der Zwangsvollstreckung aus einem ausländischen Urtheile muß dagegen nicht nur dessen Rechtskraft, sondern auch die Zulässigkeit der Vollstreckung daraus in einem besonderen Prozesse, also nicht bloß für die Zeit des Eintrittes der Rechtskraft, sondern auch für die Zeit der Erörterung der Vollstreckbarkeit festgestellt werden. Während der Schuldner beim Mangel eines solchen Prozesses seinen Widerspruch gegen die Vollstreckung des inländischen Urtheiles auf Grund der Einwendungen gegen den Anspruch nur im Wege der Klage bei dem Prozeßgerichte erster Instanz nach § 686 a. a. O. geltend machen kann, ist **der Schuldner in dem**

Digitized by Google

Prozesse über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einem ausländischen Urtheile befugt, sowohl die Legitimation des Klägers, wenn er eine von der in dem Urtheile aufgeführten verschiedene Person ist, zu bestreiten, als auch die Tilgung des rechtskräftigen Anspruches (z. B. daß dem Urtheile nach erlangter Rechtskraft der Zahlung genügt worden sei) **einzuwenden.** Für diese Einwendungen ist das mit der Judikatsklage befaßte inländische das Prozeßgericht und eine Verweisung des Beklagten damit an das ausländische Gericht, welches über den Anspruch erkannt hat, nicht gerechtfertigt. Der Richter, welcher über die Zulässigkeit der Vollstreckung Entscheidung zu treffen hat, hat auch über alle Einwendungen aus den §§ 686. 687 a. a. O. zu entscheiden. Das angerufene inländische Prozeßgericht ist nicht das Vollstreckungsgericht für ein schon in Bezug auf die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung feststehendes Urtheil. (Vgl. v. Wilmowsky u. Levy S. 781; Wach, Vorträge S. 221 ff.) Der Einwand der Zahlung der rechtskräftigen Forderung betrifft nicht die Gesetzmäßigkeit der ausländischen Entscheidung, sondern die Frage des Fortbestehens des rechtskräftigen Anspruches und damit muß der Beklagte hier gehört werden. (R. G. 5. II. 85.) R. C. XIII. (88.) 347—349.

4. **Der inländische Richter hat, wenn er von dem inzwischen eingetretenen Rechtsnachfolger des Siegers im Vorprozesse um Erlaß des Vollstreckungsurtheiles angegangen wird (§ 660 C. P. O.), überhaupt und in dem dieserhalb eingeleiteten Prozesse auch darüber zu erkennen, ob das behauptete Rechtsnachfolgeverhältniß vorliegt.** Die Civilprozeßordnung hat Bestimmungen, welche diesen Punkt unmittelbar regeln, nicht. Die sich auf die Zwangsvollstreckung inländischer Urtheile beziehenden §§ 665—667 sind aber schon um deßwillen nicht analog zur Anwendung zu bringen, weil die Reichscivilprozeßordnung wohl die in § 667 bezeichnete Klage dem inländischen Prozeßgerichte zuweisen könnte, Bestimmungen darüber aber, in welcher Weise Klagen bei dem ausländischen Prozeßgerichte zu erheben seien, von der deutschen Civilprozeßordnung nicht zu erwarten sind. Vielmehr ergibt sich daraus, daß die Civilprozeßordnung die Zuständigkeit des inländischen Gerichtes, bei welchem die Klage auf das Vollstreckungsurtheil zu erheben ist, nicht beschränkt ist, daß dieses Gericht bei dieser Klage wie bei jeder anderen darüber zu entscheiden hat, ob derjenige, welcher den Anspruch erhebt, denselben auch erworben hat. (Vgl. auch Wach, Vorträge S. 231; v. Wilmowsky und Levy zu § 661. (R. G. 7. IV. 83.) R. C. IX. (109.) 375. A. VII. (177.) 578.

5. **Das Vollstreckungsurtheil behufs Zwangsvollstreckung darf nicht auf Herausgabe von Sachen beansprucht werden, wenn sich der Vorprozeß auf die Anerkennung des klägerischen Eigenthums an jenen Sachen und ihre Freigebung aus einer Beschlagnahme beschränkt hat.** Ein hier erlassenes Urtheil enthält nicht eine Verurtheilung des Beklagten auf Herausgabe von Sachen, wie es erforderlich ist, wenn innerhalb des deutschen Reiches in Gemäßheit § 769 C. P. O. die Exekution vollstreckt werden sollte, es enthält vielmehr bezüglich jenes Punktes lediglich eine Entscheidung darüber, daß dem Kläger das Eigenthum an den fraglichen Sachen zustehe und daß dem Beklagten ein Pfandrecht auf diese Sachen nicht zustehe. Das ist nach seinem Wortlaute ein Präjudizialurtheil, welches seinem Wesen nach innerhalb des deutschen Reiches nicht exequirbar ist.

Digitized by Google

Der Judikatsanspruch entspringt natürlich aus einer wahren Verurtheilung; die Anerkennungsklagen finden schon in der Bejahung des Rechtsverhältnisses (der Klagbitte) ihren vollständigen Abschluß, es muß daher von Neuem auf Kondemnation geklagt werden, damit der anerkannte Anspruch exekutionsfähig werde. (R. G. 7. IV. 83.) R. C. IX. (109.) 372. 373. A. VII. (177.) 576. 577.

6. **Vollstreckung des Urtheils eines deutschen Gerichts in Oesterreich trotz des Einwandes, daß der eingeklagten Wechselforderung ein verbotenes Rechtsgeschäft zu Grunde liege.** Wohl hat seit dem Beginn der neuen deutschen C. P. O. ein Austausch von die Gegenseitigkeit verbürgenden Erklärungen zwischen Oesterreich und dem deutschen Reich nicht stattgefunden, aber eben deßhalb müssen die diesfalls früher erlassenen Vorschriften als noch geltend angesehen werden und ist daher nur die Frage zu erörtern, ob mit Rücksicht auf die neue deutsche C. P. O. die Reziprozität gewährleistet ist. Was sodann die Exekution anlangt, so soll durch dieselbe lediglich die Zahlung einer Wechselforderung erzwungen werden, diese kann aber nicht als eine nach österreichischen Gesetzen unzulässige Handlung aufgefaßt werden, auf welche sich die Ausnahmebestimmung des § 661 der deutschen C. P. O. bezieht. Entscheidung des obersten Gerichtshofes zu Wien vom 16. Juli 1885. Allg. Oesterr. Ger.-Zeitung 1885 S. 283. S. A. XLI. bezw. XI. (153.) 232. 233.

7. **Urtheilseigenschaft rechtskräftiger österreichischer Zahlungsbefehle. Beim Vorhandensein solcher Urtheile ist nur der Antrag auf Erlaß eines Vollstreckungsurtheils** (§ 660 der C. P. O.), **nicht der Antrag auf Verurtheilung des Beklagten in Zahlung einer in dem ausländischen Urtheil bereits zuerkannten Summe zulässig.** (R. G. 2. VI. 85.) U. u. A. II. (202.) 434.

8. **Ausdehnung der Vorschrift der §§ 660, 661 der C. P. O. auf ausländische, vor dem 1. Oktober 1878 ergangene Urtheile.** (R. G. 2. VI. 85.) U. u. A. II. (202.) 434.

9. **Der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einem ausländischen Urtheile steht im Gebiete der preußischen Allg. Gerichtsordnung der Umstand nicht entgegen, daß jenes Urtheil vor dem 1. Oktober 1878 rechtskräftig geworden ist.** Der 1. Oktober 1879 hat einen Abschnitt in dem Prozeßverfahren lediglich innerhalb des deutschen Reiches gemacht. Im Auslande wird nach dem 1. Oktober 1879 nach den dort geltenden Prozeßgesetzen verfahren, wie vor dem 1. Oktober 1879 verfahren worden ist. Innerhalb des deutschen Reiches ist die gesammte Civilprozeßordnung mit allen ihren einzelnen Abschnitten an einem Tage in Kraft getreten. Es lag deßhalb wohl ein Bedürfniß vor, für dieses Rechtsgebiet und für die Gebiete der einzelnen deutschen Staaten Uebergangsbestimmungen zu erlassen, welche die Anwendung der Prozeßgesetze für solche Civilprozesse regelten, in denen einzelne Akte nach dem 1. Oktober 1879 vorzunehmen sind, während ein Theil des Verfahrens vor diesem Zeitraum ergangen ist. Unter diesem Gesichtspunkte stehen auch die Bestimmungen des preußischen Gesetzes vom 31. März 1879. Wenn dort von einem Verfahren die Rede ist, welches nach den bisherigen Vorschriften erledigt ist (§ 13), so können unter diesen Vorschriften nur die Landesgesetze verstanden werden, an deren Stelle die Reichs-Civilprozeßordnung getreten

Digitized by Google

ist. Bezüglich der im Auslande erledigten Verfahren gibt es einen solchen Gegensatz von bisherigen Vorschriften und der Reichs-Civilprozeßordnung nicht; dort sind auch nach dem 1. Oktober 1879 die Prozesse lediglich nach den dort geltenden Vorschriften zu erledigen, das preußische Gesetz bezieht sich also auf die im Auslande vor dem 1. Oktober 1879 ergangenen Urtheile nicht und konnte sich auf diese nicht beziehen. Denn **die §§ 660. 661 C. P. O. regeln die Zwangsvollstreckung aus den ausländischen Urtheilen unterschiedslos, gleichgültig zu welcher Zeit die Urtheile im Auslande gefällt sind, wenn nur die Zwangsvollstreckung aus einem solchen Urtheile innerhalb des deutschen Reiches nach dem 1. Oktober 1879 nachgesucht wird oder stattfinden soll.** Ist vor dem 1. Oktober 1879 in dem betreffenden deutschen Staate aus auswärtigen Urtheilen die Exekution in Folge von Requisitionen vollstreckt, welche von Gericht zu Gericht ergangen sind, so kann auf diese Weise nach dem 1. Oktober 1879 Exekution nicht mehr gesucht werden, auch wenn das betreffende Urtheil vor dem 1. Oktober 1879 gefällt ist. Und hatte die betreffende Landesgesetzgebung für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus ausländischen Urtheilen härtere oder mildere Bestimmungen als § 661 C. P. O., so ist nunmehr dieser Paragraph sofort an die Stelle jener landesgesetzlichen Bestimmungen getreten. Für die ausländischen Urtheile ist statt der zeitlichen die örtliche Kollision der Prozeßgesetze das, worüber zu entscheiden ist. Es ist hier nicht die Frage aufzuwerfen, ob das betreffende ausländische Urtheil nach dem früheren inländischen Gesetze, unter dessen Herrschaft es weder ergangen ist noch exequirt werden soll, exequirbar war, sondern es ist die Frage aufzuwerfen, ob es nach dem ausländischen Gesetze, unter dessen Herrschaft es gefällt ist, und nach der Reichs-Civilprozeßordnung, unter deren Herrschaft es exequirt werden soll, exequirbar ist. (So muß z. B. ein österreichisches Urtheil, wenn aus demselben die Zwangsvollstreckung innerhalb des deutschen Reiches zulässig sein soll, einen Ausspruch enthalten, welcher nicht bloß nach österreichischem Rechte, sondern auch nach dem System der Reichs-Civilprozeßordnung und unter Anwendung der Bestimmungen des achten Buches dieses Prozeßgesetzes zur Zwangsvollstreckung gebracht werden kann. Dieser selbstverständliche Anspruch wird auch in Oesterreich bezüglich der Zwangsvollstreckung aus diesseitigen Urtheilen erhoben, wie sich das aus dem dortigen Hofdekret vom 18. Mai 1792 (vgl. Starr, Rechtshülfe in Oesterreich S. 41) ergibt.) — (R. G. 7. IV. 83.) R. C. IX. (109.) 370—372. A. VII. (177.) 574 ff.

10. S. hierüber bei § 661 ad R. C. VIII. (115.) 385—390.

§ 661.

§ 661.

Das Vollstreckungsurtheil ist ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung zu erlassen.

Dasselbe ist nicht zu erlassen:

1. wenn das Urtheil des ausländischen Gerichts nach dem für dieses Gericht geltenden Rechte die Rechtskraft noch nicht erlangt hat;
   G. V. G. § 159. R. Rechtshülfe-G. v. 21/6. 69 § 37.
2. wenn durch die Vollstreckung eine Handlung erzwungen werden würde, welche nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urtheilenden deutschen Richters nicht erzwungen werden darf;
3. wenn nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urtheilenden deutschen Richters die Gerichte desjenigen Staates nicht zuständig waren, welchem das ausländische Gericht angehört;

Digitized by Google

4. wenn der verurtheilte Schuldner ein Deutscher ist und sich auf den Prozeß nicht eingelassen hat, sofern die den Prozeß einleitende Ladung oder Verfügung ihm weder in dem Staate des Prozeßgerichts in Person noch durch Gewährung der Rechtshülfe im Deutschen Reiche zugestellt ist;
5. wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist.

§ 106. St. G. B. § 102. Abs. 1.

1. **Abs. 1. Allgemeine Rechtsgrundsätze über § 661** s. unter Ziff. 5 ad R. C. VIII. (115.) 385—390.

2. **Der Umstand, daß das ausländische Urtheil sich etwa auf ein nach inländischen Gesetzen unwirksames Rechtsgeschäft stützt, kann die Verweigerung eines Vollstreckungsurtheiles nicht nach sich ziehen.** (Motive zum Entwurf der Civilprozeßordnung S. 402. Protokolle der Justizkommission S. 344, Hahn, Materialien II S. 433 und bezw. 804, Reichsgesetz vom 21. Juni 1869, die Gewährung der Rechtshilfe betr., § 37, Seuffert's Kommentar zur Civilprozeßordnung, 3. Aufl. S. 741 Anm. 4.) Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 9. April 1886. S. XI. (156.) 398.

3. **Klage eines Rechtsnachfolgers der obsiegenden Partei auf Zulässigkeit der Vollstreckung eines ausländischen Urtheils.** Die C. P. O. hat keine Bestimmungen, welche diesen Punkt unmittelbar regeln. Die sich auf die Zwangsvollstreckung inländischer Urtheile beziehenden §§ 665—667 sind aber schon um deßwillen nicht analog zur Anwendung zu bringen, weil die C. P. O. wohl die im § 667 bezeichnete Klage dem inländischen Prozeßgericht zuweisen kann, Bestimmungen darüber aber, in welcher Weise Klagen bei dem ausländischen Prozeßgericht zu erheben sind, von der deutschen C. P. O. nicht zu erwarten sind. Vielmehr ergibt sich daraus, daß die C. P. O. die Zuständigkeit des inländischen Gerichts, bei welchem die Klage auf das Vollstreckungsurtheil zu erheben ist, nicht beschränkt hat, daß dieses Gericht bei dieser Klage wie bei jeder anderen darüber zu entscheiden hat, ob Derjenige, welcher den Anspruch erhebt, denselben auch erworben hat. (Vgl. auch Wach, Vortr. S. 231, v. Wilmowsky und Levy, Komm. zu § 661.) Urtheil des Reichsgerichts vom 7. April 1883. R. A. 1883, bes. Beil. 5 S. 11. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 366 S. 482. 483.

4. **Unter Urtheilen sind im § 661 ohne Zweifel nur solche gerichtlichen Entscheidungen verstanden, welche einen Rechtsstreit zwischen Parteien auf Grund eines beiden Parteien Gehör gewährenden, ordentlichen oder summarischen prozessualen Verfahrens erledigen.** Dagegen kommt es nicht darauf an, ob beide Parteien in diesem Verfahren verhandelt haben; **auch Versäumnißurtheile** können, wie aus § 661 Nr. 4 a. a. O. hervorgeht, für vollstreckbar erklärt werden. Wenn **auch der Zahlungsauftrag**, welcher nicht in Urtheilsform, sondern als Bescheid (Indorsat- oder Tergalbescheid) erlassen wird (vgl. Blaschke, Der österreichische Wechselprozeß 2. Aufl. S. 57; v. Canstein, Lehrbuch des österreichischen Civilprozesses Bd. 2 S. 466. 509), an sich eine auf Antrag des Klägers ohne vorgängige Anhörung des Beklagten erlassene Verfügung und kein Urtheil im Sinne des § 661 C. P. O. ist, so erlangt er doch die Bedeutung eines solchen mit Ablauf der dreitägigen Frist, indem das bedingte Zahlungsmandat sich hiermit in ein unbedingtes verwandelt und einem verurtheilenden Versäumnißurtheile gleichzuachten ist. (R. G. 30. VI. 86.) R. C. XVI. (106.) 428. 429.

Digitized by Google

5. **Abs. 2.** Die deutsche C. P. O. gestattet beim Vorhandensein der fünf allgemeinen Voraussetzungen des 2. Abs. § 661 aus dem ausländischen Urtheil eine Klage auf Zulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung daraus durch ein Vollstreckungsurtheil, also die actio judicati, zum Zweck der Herstellung eines inländischen exekutiven Titels. Daraus aber, daß dieses Vollstreckungsurtheil ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der auswärtigen Entscheidung zu erlassen und beim Mangel auch nur eines der fünf unerläßlichen Erfordernisse zu versagen ist, **folgt nicht, daß es nur wegen eines derartigen Mangels und nicht auch aus anderen Gründen versagt werden kann.** Dies ergibt sich aus der Verschiedenheit der Vorbedingungen der Zwangsvollstreckung aus ausländischen und inländischen Urtheilen, welche nur mit Einschränkungen gestatten, das Vollstreckungsurtheil des § 660 mit der Vollstreckungsklausel des § 662 a. a. O. in Parallele zu stellen. Das inländische unbedingte Endurtheil wird mit seiner Rechtskraft vollstreckbar — § 644 a. a. O. — und erfolgt daraus die Zwangsvollstreckung auf Grund einer vollstreckbaren Urtheilsausfertigung — § 662 a. a. O. Die Entscheidung über Einwendungen des Schuldners, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, kann von dem Gericht, dessen Gerichtsschreiber sie ertheilt hat, ohne vorgängige mündliche Verhandlung getroffen werden. Zur Vorbereitung der Zwangsvollstreckung aus einem ausländischen Urtheile muß dagegen nicht nur dessen Rechtskraft, sondern auch die Zulässigkeit der Vollstreckung daraus in einem besonderen Prozesse, also nicht bloß für die Zeit des Eintrittes der Rechtskraft, sondern auch für die Zeit der Erörterung der Vollstreckbarkeit festgestellt werden. Während der Schuldner beim Mangel eines solchen Prozesses seinen Widerspruch gegen die Vollstreckung des inländischen Urtheils auf Grund von Einwendungen gegen den Anspruch nur im Wege der Klage bei dem Prozeßgericht erster Instanz nach § 686 a. a. O. geltend machen kann, ist **der Schuldner in dem Prozesse über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einem ausländischen Urtheil befugt, sowohl die Legitimation des Klägers, wenn er eine von dem in dem Urtheil aufgeführten verschiedene Person ist, zu bestreiten, als auch die Tilgung des rechtskräftigen Anspruches einzuwenden. Für diese Einwendungen ist das mit der Indikatsklage befaßte inländische das Prozeßgericht und eine Verweisung des Beklagten damit an das ausländische Gericht, welches über den Anspruch erkannt hat, nicht gerechtfertigt. Der zweite Richter hatte über die jetzige Zulässigkeit der Vollstreckung, also auch über alle Einwendungen aus den §§ 686. 687 a. a. O. zu entscheiden.** Das angerufene inländische Prozeßgericht ist nicht das Vollstreckungsgericht für ein schon in Bezug auf die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung feststehendes Urtheil (v. Wilmowsky und Levy S. 781, Wach, Vorträge S. 231 ff.). (R. G. 5. II. 85.) U. u. A. I. (232.) 382. 383.

6. **Ziff. 3. Die Frage, ob das ausländische Gericht zur Erlassung seines Urtheils auch nach dem deutschen Prozeßrechte zuständig war, ist** nach den Verhandlungen der Justiz-Gesetzgebungskommission des Reichstags — vgl. Protokolle S. 345 und 469; Hahn, Materialien II S. 805 und 907; Wach, Handbuch des deutschen Civilprozesses Bd. I S. 231 und Seuffert, Kommentar zur Prozeßordnung a. a. O. Anm. 5 — **nicht**

Digitized by Google

bloß im Allgemeinen, sondern für den jeweiligen Fall zu prüfen. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 9. April 1886. S. XI. (156.) 399.

7. **Die Vorschrift des § 661 Ziff. 3 der C. P. O. legt dem deutschen Richter die Pflicht auf, die Zuständigkeit des ausländischen Gerichts unter Zugrundelegung der Grundsätze des deutschen Rechts auch hinsichtlich ihrer thatsächlichen Grundlage zu prüfen.** (Vgl. Hahn, Mater. z. C. P. O. S. 432; Wach, Vorträge S. 230; Seuffert, Komment. Nr. 5 zu § 661.) **Die Feststellungen des ausländischen Richters binden ihn dabei nicht.** Andererseits ist er aber auch nicht auf eine Prüfung derjenigen Thatsachen, welche dem ausländischen Gericht vorgelegen haben, gesetzlich beschränkt, vielmehr können zur Begründung jener Zuständigkeit neue Thatsachen bei ihm vorgebracht werden (vgl. Seuffert a. a. O.). Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 13. Oktober 1884. S. A. XLI. bezw. XI. (154.) 233.

8. **Ziff. 4.** Die Vorschrift der Nr. 4 des § 661 R. C. P. O. findet Anwendung: „wenn der verurtheilte Schuldner ein Deutscher ist und sich auf den Prozeß nicht eingelassen hat". **Es kommt** demnach **nicht auf den Wohnsitz des verurtheilten Schuldners, sondern auf dessen staatsrechtliche Eigenschaft als Angehöriger des Deutschen Reiches an.** Der Zeitpunkt, in welchem diese Eigenschaft vorhanden gewesen sein muß, wenn die Bestimmung des § 661 Nr. 4 a. a. O. zur Anwendung kommen soll, ist derjenige, in welchem die den Prozeß vor dem ausländischen Gerichte einleitende Ladung oder Verfügung ergangen ist. Indem man durch die Prozeßordnung die Vollstreckung ausländischer Urtheile in Deutschland zuließ, wollte man doch einen Schutz dagegen gewähren, daß Urtheile zur Vollstreckung gelangen, welche ausländische Gerichte unzuständiger Weise oder ohne Gewährung rechtlichen Gehöres gegen Deutsche erließen. Man begnügte sich in dieser Hinsicht nicht damit, zu bestimmen, daß das deutsche Gericht, welches im Allgemeinen die Gesetzmäßigkeit des ausländischen Gerichtes nicht zu prüfen hat (§ 661 Abs. 1), ausnahmsweise die Zuständigkeit desselben und die Gewährung rechtlichen Gehöres nach den dafür maßgebenden ausländischen Gesetzen zu prüfen habe. Es wurde vielmehr bestimmt, daß das deutsche Gericht nach seinen Gesetzen die Zuständigkeit des ausländischen Gerichtes zu prüfen habe (§ 661 Nr. 3), und daß, wenn der verurtheilte Deutsche sich auf den Prozeß vor dem ausländischen Gerichte nicht eingelassen hat und die Zustellung nicht durch Gewährung der Rechtshilfe im deutschen Reiche bewirkt worden ist, die Gewährung rechtlichen Gehöres nur dann anzunehmen sei, wenn die den Prozeß einleitende Ladung oder Verfügung dem Deutschen im Staate des ausländischen Prozeßgerichtes in Person zugestellt ist (§ 661 Nr. 4). Aus dem Zwecke der Vorschrift unter Nr. 4 und aus ihrem — auch in den Motiven zum Entwurfe der §§ 610. 611 C. P. O. hervorgehobenen — Zusammenhange mit der Vorschrift unter Nr. 3 ergibt sich, daß bei Nr. 4 ebenso wie bei Nr. 3 **der Zeitpunkt der Einleitung des Prozesses bei dem ausländischen Gerichte der maßgebende ist.** (R. G. 30. VI. 86.) R. C. XVI. (106.) 429. 430.

9. **Die im § 661 Ziff. 4 der C. P. O. zur Vollstreckbarkeit eines ausländischen Versäumnißurtheils erforderte Zustellung der Ladung an den Inländer ist an die Vorschriften über Zustellungen nicht gebunden.** Allerdings

Digitized by Google

muß da, wo es sich um die Verurtheilung eines Deutschen durch ein ausländisches Gericht, bei welchem jener sich nicht eingelassen hat, also um ein Versäumnißurtheil gegen einen beklagten Deutschen handelt, die diesen Prozeß einleitende Ladung oder Verfügung dem Beklagten entweder im Staat des ausländischen Prozeßgerichts in Person, d. i. zu eigenen Händen, oder im Inlande durch Gewährung der Rechtshülfe zugestellt worden sein, um das ausländische Versäumnißurtheil im Inlande als vollstreckbar erklären zu können; aber davon, daß diese letztere im Inlande auf dem Wege der Gewährung der Rechtshülfe zu bewerkstelligende Zustellung nach den angeführten Bestimmungen der R. C. P. O. zu erfolgen habe, um als eine rechtswirksame gelten zu können, enthält der § 661 der C. P. O. so wenig, als er überhaupt bezüglich der Formen, in welchen die Rechtshülfe zu gewähren sei, irgend eine Vorschrift gibt. Die Bestimmungen der C. P. O., welche die Zustellung durch Gerichtsvollzieher bezw. Postboten vorschreiben, finden nur auf Rechtsstreitigkeiten Anwendung, die vor einem deutschen Prozeßgericht anhängig sind. Die Bestimmung des § 3 des Einf.-Ges. zur C. P. O., gemäß welcher diese auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören, Anwendung findet, hat, wie sich aus § 1 desselben Einf.-Ges. zweifellos ergibt, nur Rechtsstreite, soweit sie vor den Civilgerichten des deutschen Reichs geführt werden, im Auge; es kann dennoch ein Prozeßverfahren eines ausländischen Gerichts nicht ohne Weiteres den Normen der deutschen C. P. O. unterstellt werden, wenn letztere nicht besondere Anordnung für Fälle trifft, wo vom ausländischen Gericht die Vornahme einzelner prozessualer Handlungen dem inländischen Gericht angesonnen wird. Solche Vorschriften enthält, wie bemerkt, die C. P. O. nicht. Sinn und Zweck der Bestimmung des § 661 C. P. O. ist, zu verhüten, daß ein Versäumnißurtheil eines ausländischen Gerichts gegen einen Inländer für vollstreckbar erklärt werde, ohne daß der Letztere von der Klage Kenntniß erhalten und ohne daß ihm das rechtliche Gehör gegönnt worden wäre. Einem derartigen Uebergriff der fremden Gerichtsbarkeit sollte durch jene Bestimmung vorgebeugt werden (vgl. Motive zum Entw. der C. P. O. S. 402. Hahn, Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen II. S. 432). Um diesen Zweck zu erreichen, sollte vorerst darüber Gewißheit hergestellt werden, daß der im Ausland beklagte Inländer Kenntniß von der Klage und dadurch die Möglichkeit erlangt habe, sich gegen dieselbe zu vertheidigen. Deßhalb verlangt die C. P. O. den Nachweis dieser Kenntnißnahme. Ist diese Gewißheit erbracht, dann ist auch die in § 661 beabsichtigte Garantie gegeben und es wäre sohin schon nach der Bedeutung und dem Zweck dieser Gesetzesbestimmung ganz gleich, in welcher Form der Nachweis jener Gewißheit hergestellt werde. — Die Rechtshülfe ist gewährt zu erachten, wenn das deutsche Gericht die Zustellung in der Art bewerkstelligt, wie sie dieses Gericht selber zur Erreichung einer Garantie gegen Uebergriffe fremder Gerichtsbarkeit für nothwendig erachtet; unwesentlich ist, ob diese Zustellung an den beklagten Inländer im Inlande durch einen Gerichtsvollzieher oder einen Gerichtsboten vermittelt wird, denn das Wesentliche der Gewährung der Rechtshülfe im Sinn des obigen Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869 ist die Thätigkeit des ersuchten Gerichts

Digitized by Google

gegenüber dem ersuchenden Gericht; die Persönlichkeit des zum Vollzuge des Ansuchens Beauftragten, d. i. des vermittelnden Organs, ist unwesentlich. Auch die Bezugnahme auf den Grundsatz „locus regit actum" ist nicht zutreffend, weil die Bestimmungen in den §§ 152, 176, 191 und 233 der C. P. O. nur für Zustellungen in einem vor deutschen Gerichten geführten bürgerlichen Rechtsstreit maßgebend sind, die Bestimmung des § 661 Abs. 2 Ziff. 4 aber für die Zustellung ausländischer Verfügungen an den beklagten Inländer im Inlande bestimmte Formalitäten nicht vorschreibt. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 9. April 1886. S. A. XLI. bezw. XI. (315.) 466. 467. Sh. noch bei Ziff. 10.

10. **Eine auf Erlassung einer Vollstreckbarkeitserklärung für das Urtheil eines österreichischen Gerichts erlassene Klage ist nicht deßhalb unzulässig, weil die Zustellung der den Prozeß bei dem ausländischen Gerichte einleitenden Verfügung bezw. Ladung im Inlande nicht durch den Gerichtsvollzieher oder Postboten, sondern durch einen Gerichtsboten bewerkstelligt worden ist.** Die Civilprozeßordnung enthält Vorschriften über die Form der Erledigung der Zustellung einer ausländischen Ladung oder Verfügung an den beklagten Inländer nicht. Ebensowenig enthält das durch bayer. Justizministerialreskript vom 20. März 1857 (Just.-Min.-Blatt 1870 S. 184) bekannt gegebene Uebereinkommen zwischen der k. bayerischen und der k. k. österreichischen Regierung eine Bestimmung über die Form einer solchen Zustellung. Dieses Uebereinkommen gibt nur zum Behufe der Vornahme von Insinuationen die unmittelbare Korrespondenz der beiderseitigen Gerichte frei, ohne hierbei nähere Formalitäten vorzuschreiben. Sh. hierüber oben unter Ziff. 9. — Nach § 2 des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869, die Gewährung der Rechtshilfe betreffend, ist die Rechtshilfe für fraglichen Fall gewährt zu erachten, wenn das vom ausländischen Prozeßgerichte vorangegangene deutsche Gericht die requirirte Zustellung der den Prozeß einleitenden Ladung bezw. Verfügung an den beklagten Inländer in der Art bewerkstelligt, wie sie das deutsche Gericht selber zur Erreichung einer Garantie gegen Uebergriffe fremder Gerichtsbarkeit für nothwendig erachtet, und es kann hierbei nur als unwesentlich erachtet werden, ob diese Zustellung an den beklagten Inländer im Inlande durch einen Gerichtsvollzieher oder einen Gerichtsboten vermittelt wird, denn das Wesentliche der Gewährung der Rechtshilfe im Sinne obigen Reichsgesetzes ist die Thätigkeit des ersuchten Gerichts gegenüber dem ersuchenden Gerichte; die Persönlichkeit des vom ersuchten Gerichte zum Vollzuge des Ansuchens beauftragten, d. i. des vermittelnden Organs aber ist unwesentlich. Für den Fall der Zustellung ausländischer Ladungen an Inländer im Auslande ist die gesetzlich erstrebte Garantie schon in der Zustellung der Ladung an die Person des beklagten Inländers überhaupt, und ohne daß diese Zustellung an besondere Formen oder an die Behändigung durch ein bestimmtes Zustellungsorgan geknüpft wäre, gegeben. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 9. April 1886. S. XI. (156.) 394—396.

11. **Ziff. 5. Das Erforderniß verbürgter Gegenseitigkeit ist auch dann vorhanden, wenn die exceptio rei judicatae auf ein Urtheil eines**

Digitized by Google

ausländischen Gerichtes gestützt wird. Die Civilprozeßordnung bestimmt in §§ 660. 661, daß aus dem Urtheile eines ausländischen Gerichtes die Zwangsvollstreckung stattfindet, wenn ihre Zulässigkeit von dem zuständigen inländischen Gerichte durch ein Vollstreckungsurtheil ausgesprochen ist, und daß das Vollstreckungsurtheil zwar ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung des ausländischen Gerichts zu erlassen, jedoch zu versagen ist, wenn eines der im § 661 unter Nr. 1—5 a. a. O. aufgeführten Hindernisse obwaltet, insbesondere nach Nr. 5, wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist. In den angeführten Bestimmungen ist nur von der Zwangsvollstreckung, mithin nur von verurtheilenden Erkenntnissen die Rede. Der Anwendung derselben auf die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache scheinen mehrfache Bedenken entgegenzustehen. Schon daraus, daß die fraglichen Bestimmungen in die Prozeßordnung aufgenommen sind, scheint zu folgen, daß sie nur prozessuale Bedeutung haben, dagegen die dem bürgerlichen Rechte angehörige Frage, ob eine Klage oder Einrede auf das Urtheil zu gründen sei, nicht berühren. Jedenfalls aber handeln sie ihrem Wortlaute nach nicht von solchen Urtheilen, welche keine Verurtheilung, sondern nur die Feststellung eines streitigen Rechtsverhältnisses oder eine Abweisung der Klage aussprechen. Auch wenn man auf die zum Grunde liegende gesetzgeberische Absicht zurückgeht, scheint kein Grund vorzuliegen, die fraglichen Bestimmungen auf die Einrede der entschiedenen Sache auszudehnen, da von derselben weder in den Motiven des Entwurfes der Civilprozeßordnung, noch in den Verhandlungen der Justizkommission des Reichstages die Rede gewesen ist. Diese Bedenken sind jedoch nicht für durchschlagend zu erachten. Die Civilprozeßordnung greift durch viele Bestimmungen in das bürgerliche Recht ein. Sie hat insbesondere im § 293 hinsichtlich der Urtheile inländischer Gerichte den Umfang der materiellen Rechtskraft begrenzt. Es ist daher nicht auffallend, wenn sie auch hinsichtlich der Urtheile ausländischer Gerichte die Voraussetzungen bestimmt, unter welchen denselben die durch das bürgerliche Recht festgesetzten Wirkungen rechtskräftiger Urtheile im Inlande beigelegt werden sollen. Daß aber beabsichtigt wurde, nicht bloß über die prozessuale Frage der Zwangsvollstreckung, sondern auch über die materiellen Wirkungen ausländischer Urtheile Bestimmungen zu treffen, unterliegt hinsichtlich der auf ein derartiges Urtheil zu gründenden Judikatsklage kaum einem Zweifel. **Obgleich dem Wortlaute nach die im § 661 unter Nr. 1—5 a. a. O. aufgestellten Erfordernisse nur für die Klage auf Vollstreckbarkeitserklärung vorgeschrieben sind, muß angenommen werden, daß dieselben Erfordernisse auch bei einer auf ein ausländisches Urtheil gestützten Judikatsklage gelten sollen,** weil sonst die Vorschrift des § 661 a. a. O. dadurch umgangen werden könnte, daß das ausländische Urtheil nicht vermittelst Erwirkung eines Vollstreckungsurtheils, sondern durch Anstellung einer darauf gegründeten Judikatsklage und Vollstreckung des hierauf ergehenden verurtheilenden inländischen Urtheiles im Inlande zum Vollzuge gebracht würde, obgleich das unter Nr. 5 aufgestellte Erforderniß mangelt. Greift aber § 661 a. a. O. bezüglich der Klage aus einem ausländischen Urtheile in das materielle Recht ein, so liegt es nahe, dasselbe auch bezüglich der auf ein solches Urtheil zu gründenden Einrede der entschiedenen Sache anzunehmen. Es ist nun zwar nicht zu verkennen,

Digitized by Google

daß unter dem Gesichtspunkte des Schutzes der inländischen Interessen die Zulassung der Klage oder des Vollstreckungsantrages gegen Inländer aus ausländischen Urtheilen und die Zulassung der Vertheidigung des Inländers gegen eine erhobene Klage durch Berufung auf ein ausländisches Urtheil nicht auf eine Linie gestellt werden können. Die Aufstellung eines erschwerenden Erfordernisses, z. B. der Gegenseitigkeit, für den ersteren Fall gereicht zum Vortheile des belangten Inländers; die Aufstellung desselben Erfordernisses für den anderen Fall gereicht ihm zum Nachtheile, indem seine Vertheidigung dadurch erschwert wird. Hieraus mag es sich erklären, daß in auswärtigen Staaten die auf die Urtheile fremder Gerichte gestützte exceptio rei judicatae anders behandelt wird, als die Vollziehung solcher Urtheile, insbesondere in England, wo das im Auslande ergangene Urtheil nicht ohne materielle Prüfung vollstreckt, dagegen die darauf gegründete Einrede der entschiedenen Sache ohne materielle Prüfung zugelassen wird (vgl. Pigott, foreign judgments 1879 T. I p. 23. 30. 31), und in Frankreich, wo das im Auslande ergangene Urtheil nicht vollziehbar, sondern ein auf nochmaliger Prüfung des Rechtsverhältnisses beruhendes neues Urtheil erforderlich ist, dagegen die auf ein ausländisches Urtheil gestützte Einrede der entschiedenen Sache dem ausländischen Kläger gegenüber gestattet und nur dem französischen Kläger gegenüber versagt wird (vgl. Foelix, Tr. du droit international privé T. II p. 72 Nr. 348; Wheaton, Eléments du droit international, 4ème edition T. I p. 149; Kretschmar in Schletter's Jahrbüchern der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 7 S. 286). Die deutsche Civilprozeßordnung aber geht nicht darauf aus, den Inländer vor dem Ausländer zu begünstigen. Sie ordnet auch die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Parteien sich vor deutschen Gerichten auf Urtheile ausländischer Gerichte berufen können, lediglich nach Rechtsgrundsätzen ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien Inländer oder Ausländer sind und ob die Berufung auf das ausländische Urtheil der inländischen oder der ausländischen Partei zum Vortheile gereicht. Diese Rechtsgrundsätze sind zwar nur in Betreff der Vollziehung ausländischer Urtheile in den §§ 660. 661 a. a. O. zum Ausdrucke gelangt; sie haben aber eine größere Tragweite, und durch die Anerkennung derselben für einen Anwendungsfall, die Zwangsvollstreckung, sind sie im Allgemeinen anerkannt. **Den §§ 660. 661 a. a. O. ist** daher, wie auch in den meisten Kommentaren zur Civilprozeßordnung geschieht, **die Bedeutung beizulegen, daß dadurch im Allgemeinen die Voraussetzungen bestimmt sind, unter welchen sich eine Partei vor deutschen Gerichten zum Zwecke der Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung in prozessualer oder materieller Beziehung auf das rechtskräftige Urtheil eines ausländischen Gerichtes berufen kann. Zu diesen Voraussetzungen gehört die Gegenseitigkeit der Anerkennung der Urtheile als solcher.** Die verbindende Kraft des Urtheiles beruht nicht auf dem Willen der Parteien, sondern auf seiner Eigenschaft als Ausspruch des zuständigen Organes der Staatsgewalt. Sie reicht an sich nicht weiter als letztere. Eine völkerrechtliche Verbindlichkeit der Staaten zur Anerkennung oder Vollstreckung der Urtheile der Gerichte anderer Staaten besteht, abgesehen von Staatsverträgen, nicht. Wenn dessen ungeachtet heutigen Tags in Folge der neueren Entwickelung der internationalen Verhältnisse die gerichtlichen

Digitized by Google

Urtheile auch in anderen Staaten als solche anerkannt werden und sogar zur Vollstreckung derselben in anderen Staaten Rechtshilfe gewährt wird, so geschieht dies in der Erwartung, daß von den betheiligten auswärtigen Staaten ein gleiches Verhalten bethätigt werde, und nur insoweit, als dieser Erwartung von den anderen Staaten entsprochen wird. **Das Erforderniß der Gegenseitigkeit ist daher nicht allein in Betreff der Vollstreckung, sondern auch in Betreff der Anerkennung ausländischer Urtheile als Urtheile in der Natur der Sache begründet.** In dem Entwurfe des § 611 C. P. O. war dieses Erforderniß zwar nicht aufgenommen, aber nicht in der Meinung, daß davon abzusehen sei, sondern weil es für angemessener erachtet wurde, bezüglich dieses selbstverständlichen Erfordernisses die politische Centralbehörde nicht durch eine gesetzliche Vorschrift zu beschränken (vgl. Motive zum Entwurfe einer preußischen Prozeßordnung für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten von 1864 S. 247; Motive zum Entwurfe der C. P. O. § 611). Auf den Vorschlag der Justizkommission des Reichstages aber (vgl. Hahn, Materialien S. 804. 888 ff. 1020) wurde dasselbe in § 661 Nr. 5 in das Gesetz aufgenommen. (R. G. 29. I. 83.) R. C. VIII. (115.) 385—390.

12. **In materieller Beziehung muß das Erforderniß der Verbürgung der Gegenseitigkeit** gemäß § 660 Abs. 1 und § 661 Abs. 1 u. 2 Nr. 5 dahin aufgefaßt werden, daß der betreffende ausländische Staat, wenn ein Urtheil eines seiner Gerichte im deutschen Reiche Vollstreckung finden soll, seinerseits die Vollstreckung der Urtheile der deutschen Gerichte weder ganz versagen, noch auch von härteren Bedingungen, als die deßfallsigen Bedingungen der deutschen Civilprozeßordnung sind, anhängig machen darf. (Wach, Handbuch des Civilprozesses Bd. I S. 236; Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. VII S. 409.) **Die formelle Art der Verbürgung der Gegenseitigkeit** kann sowohl durch Staatsverträge als auch durch Gesetz oder durch thatsächliche Uebung begründet sein. (Verh. der Justiz-Gesetzgebungskommission des Reichstags, Protokolle S. 344, 446 ff.; Hahn, Materialien II S. 804 und 887.) Nun bestimmen die k. k. österreichischen Hofdekrete vom 18. Mai 1792, 18. Januar 1799 und 15. Dezember 1805, welchen nach den zu den Akten gebrachten Reskripten des k. k. Justizministeriums vom 15. März 1880 und 22. März 1883 Gesetzeskraft zukommt, daß in Oesterreich die Urtheile ausländischer Gerichte ohne Nachprüfung ihres materiellen Inhalts vollstreckbar zu erachten sind, wenn auf Seite des urtheilenden nichtösterreichischen Gerichts die Zuständigkeit vorhanden war, wenn das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat und der nichtösterreichische Staat Reziprozität gewährt. Die bezeichneten Hofdekrete stimmen somit im Wesentlichen mit den Bestimmungen des § 661 der Civilprozeßordnung überein, und gewähren demnach auch in materieller Hinsicht Gegenseitigkeit in Bezug auf Vollstreckung der beiderseitigen Urtheile. Es haben auf Grund dessen auch die reichsgerichtlichen Entscheidungen vom 22. September 1883 und vom 15. November 1884 — Seuffert's Archiv Bd. 39 S. 244 und Juristische Wochenschrift des deutschen Anwaltsvereins von 1883 S. 295 und 1885 S. 27, dann vom 5. Februar 1885 (Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. XIII S. 347) — die Verbürgung der Gegenseitigkeit zwischen Oesterreich und dem Deutschen Reich kraft des Gesetzes ange-

Digitized by Google

nommen und sind in Uebereinstimmungen mit diesen Entscheidungen in Rechtskraft erwachsene Urtheile vom Oberlandesgerichte München vom 20. Januar 1882 und des Oberlandesgerichtes Nürnberg vom 15. Mai 1885 ergangen. Auch die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in Wien vom 5. Juni 1880 (Seuffert's Archiv Bd. 37 S. 119) und vom 25. Mai 1881 (Wallmann's deutsche Juristenzeitung Bd. VI S. 107 ff.) haben gegenüber dem Deutschen Reiche das Bestehen des fraglichen Gegenseitigkeitsverhältnisses als auf Grund jener Hofdekrete und der deutschen Civilprozeßordnung verbürgt ausdrücklich anerkannt. Gegenüber diesen in Oesterreich bestehenden positiven Gesetzesbestimmungen kann hier nichts mehr darauf ankommen, daß Staatsverträge deßfalls zwischen Oesterreich einerseits und dem Deutschen Reiche oder Bayern andererseits nicht bestehen, und ebensowenig kann etwas darauf ankommen, daß es auf Seite der österreichischen Gerichte in gewissen Fällen, insbesondere bezüglich der von den bayerischen Gerichten in den bekannten Couponsprozessen erlassenen Urtheile an der Handhabe der bezeichneten gesetzlichen Normen gefehlt habe. Denn zunächst kann bei dem Vorhandensein von Gesetzesnormen über Verbürgung der Gegenseitigkeit der thatsächlichen Uebung der Gegenseitigkeit überhaupt nicht der Charakter der Begründung eines Gegenseitigkeitsverhältnisses, sondern nur derjenige der Bekräftigung des Fortbestandes jener gesetzlichen Normen beigelegt und den von diesen Normen abweichenden Urtheilen, insbesondere von Untergerichten, nicht die Bedeutung der Negation oder der Aufhebung dieser Normen beigemessen werden. Sodann ist zu beachten, daß, wenn während der Zeit der Geltung der bayerischen Civilprozeßordnung von 1869 von den österreichischen Gerichten weniger Geneigtheit zur Vollstreckung bayerischer Urtheile sich gezeigt hat, dieses seinen Grund in den Vorschriften der bayerischen Civilprozeßordnung §§ 823 und 824 hatte, wonach gegen ausländische Urtheile materielle Einwendungen bei den bayerischen Gerichten zugelassen waren, und es sonach gerade in der bayerischen Civilprozeßgesetzgebung an der Reziprozität gegenüber den k. k. österreichischen Hofdekreten mangelt, wie dies der oben erwähnte Erlaß des k. k. Justizministeriums vom 15. März 1880 ganz unverholen läßt, indem er ausdrücklich darauf hinweist, daß nunmehr mit dem Eintritte der Geltung der deutschen Civilprozeßordnung die hierfür erlassene und zwar mit Rücksicht auf jene Bestimmungen der bayerischen Civilprozeßordnung strenger gefaßte Verordnung vom 20. Dezember 1870 gegenstandlos geworden sei. Aber auch bezüglich neuerer Vorgänge in diesen Prozessen ist darauf zu verweisen, daß hier das ablehnende Verhalten der österreichischen Gerichte nicht auf eine beliebige Verweigerung der Gegenseitigkeit, sondern auf die Beanstandung der Zuständigkeit der deutschen bezw. bayerischen Gerichte, somit auf einen gesetzlichen Grund, der aus obigen Hofdekreten, sowie aus § 661 Abs. 2 Ziff. 3 der Civilprozeßordnung eine Rechtfertigung entnimmt, zurückzuführen ist, indem, wie auch das schon erwähnte reichsgerichtliche Urtheil vom 15. November 1884 (Juristische Wochenschrift des deutschen Anwaltsvereins von 1885 S. 27) hervorhebt, das österreichische Prozeßgericht den Gerichtsstand des § 24 der deutschen Civilprozeßordnung, auf den sich die fraglichen bayerischen Urtheile stützten, nicht kennt. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 9. April 1886. S. XI. (156.) 399—402.

Digitized by Google

13. Die durch den Ausdruck „verbürgt sein" erforderte Sicherstellung der Gegenseitigkeit kann nach der Absicht der Civilprozeßordnung, wie die Protokolle der Justizkommission ergeben (S. 334 ff., 440 ff.) und wie auch in anderen reichsgesetzlichen Bestimmungen ausgesprochen ist (§§ 102. 103. 287 St. G. B.), nicht bloß in Staatsverträgen, sondern auch in dem Bestehen entsprechender Gesetze des fremden Staates gefunden werden. Man muß also hierbei, ebenso wie im § 12 des Einf.-Ges. zur Civilprozeßordnung, unter „Gesetz" jede Rechtsnorm verstehen, und es kann daher keinen Unterschied machen, ob die betreffenden Gesetze dem geschriebenen oder dem ungeschriebenen Rechte des fremden Staates angehören. Selbstredend kann aber von einer „Verbürgung durch Gesetz" nur die Rede sein, wenn die Existenz der betreffenden Gesetze außer Zweifel steht. Demnach ist die Verbürgung der Gegenseitigkeit hinsichtlich eines ausländischen Staates zu bejahen, wenn mit Sicherheit anzunehmen ist, daß unter den ausländischen Gerichten ein die Erfordernisse der Gegenseitigkeit erschöpfender Rechtsgrundsatz als allgemein anerkannt existirt. (R. G. 19. V. 82.) R. C. VII. (124.) 409. A. VI. (60.) 245.

14. Nach § 661 Abs. 1 C. P. O. ist das Vollstreckungsurtheil ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung zu erlassen. Demnach ist von den deutschen Gerichten die Rechtskraft der zu vollstreckenden Urtheile auswärtiger Gerichte, welche nach dem dortigen Rechte die Rechtskraft erlangt haben (§ 661 Abs. 2 Ziff. 1), uneingeschränkt anzuerkennen. Und deßhalb ist es **als wesentliches Erforderniß der Gegenseitigkeit anzusehen, daß auch das Recht des fremden Staates in gleicher Anerkennung der Rechtskraft der Urtheile deutscher Gerichte, deren Vollstreckung bei dortigen Gerichten beantragt wird, eine Prüfung der Gesetzmäßigkeit derselben, sowohl hinsichtlich der thatsächlichen und rechtlichen Richtigkeit der Entscheidung, als auch hinsichtlich des Prozeß- und Urtheilsverfahrens, als Bedingung ihrer Vollstreckung weder von Amts wegen erfordert, noch auch durch Zulässigkeit von Einreden herbeizuführen gestattet.** (R. G. 19. V. 82.) R. C. VII. (124.) 409. A. VI. (60.) 246.

15. **Die Vollstreckung ausländischer Urtheile kann auch aus anderen als den im § 661 der C. P. O. aufgeführten Gründen abgelehnt werden.** Der Beklagte muß mit dem Einwand, der nicht die Gesetzmäßigkeit der ausländischen Entscheidung, sondern die Frage des Fortbestehens des rechtskräftigen Anspruchs betrifft, gehört werden. Urtheil des Reichsgerichts vom 5. Februar 1885. R. A. 1885, bes. Beil. 4 S. 184 ff. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 326 S. 469. 470. Sh. hier. oben Nr. 5.

16. **Zur „Verbürgung der Gegenseitigkeit" (§ 661 Ziff. 5 der C. P. O.) genügen die früher mit den einzelnen deutschen Bundesstaaten getroffenen Abmachungen.** Die seit dem 1. Oktober 1879 im Deutschen Reich in Wirksamkeit stehende deutsche C. P. O. bestimmt zwar im § 661 Ziff. 5, daß über das Urtheil eines ausländischen Gerichts das Vollstreckungsurtheil nicht erlassen werden könne, wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist; hiermit ist aber nicht ausgesprochen, daß die von den einzelnen Bundesstaaten, für welche dermalen die deutsche C. P. O. vom 30. Jan. 1877 gilt, mit anderen auswärtigen Staaten bezüglich der Vollstreckbar-

Digitized by Google

keit gerichtlicher Entscheidungen in Civilrechtsstreitigkeiten getroffenen Vereinbarungen mit dem Eintritt der Wirksamkeit der deutschen C. P. O. außer Kraft getreten seien. Es kann daher, indem der § 661 Ziff. 5 der deutschen C. P. O. die verbürgte Gegenseitigkeit als eine Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung eines ausländischen Urtheils hinstellt, diese Bestimmung wohl nur dahin aufgefaßt werden, daß allerdings die Gerichte eines deutschen Bundesstaates, welchen gegenüber ein außerdeutscher Staat durch Staatsvertrag, Erklärung oder sein eigenes Gesetz die Beobachtung der Reziprozität bezüglich der Vollstreckung civilrechtlicher Urtheile verbürgt hat, die Zwangsvollstreckung von Urtheilen der Gerichte dieses außerdeutschen Staats unter der Voraussetzung der sonstigen Bedingungen der Gesetze dieses Landes, in welchem das ausländische Urtheil vollstreckt werden soll, auch fortan noch zu bewilligen haben. Entsch. des obersten Gerichtshofes zu Wien vom 5. Juni 1880. Allg. österr. Gerichtszeitung Jahrg. 1881 S. 251. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 79 S. 119. 120.

17. **Begriff der „Gegenseitigkeit" in § 661 der C. P. O. Eine in Folge eines den Ausländer verurtheilenden ausländischen Urtheils von diesem geleistete Zahlung ist nach Abänderung dieses Urtheils in höherer ausländischer Instanz nicht als „widerrechtlich abgenöthigt" zu betrachten.** (R. G. 30. X. 84.) U. u. A. I. (74.) 123.

18. **Der Beweis, es sei betreffs der Vollstreckung von Urtheilen deutscher Gerichte im Ausland und umgekehrt von im Ausland ergangenen Urtheilen in Deutschland die Gegenseitigkeit verbürgt, obliegt dem Kläger;** denn dieser hat nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen den Beweis der Voraussetzungen für seinen Antrag, wozu hier die Verbürgung der Gegenseitigkeit gehört, zu führen. (R. G. 4. XI. 81.) R. C. VI. (115.) 373. 374.

19. **Vollstreckbarkeit englischer Urtheile in Deutschland.** (R. G. 7. III. 82.) R. C. VI. (114.) 372 ff. (R. H. XXI. (5.) 14.) S. dagegen R. C. VII. (124.) 411—416.

20. **In England ist die Gegenseitigkeit nicht verbürgt,** indem die Rechtsprechung die Möglichkeit darbietet, die Gesetzmäßigkeit der Urtheile deutscher Gerichte, deren Vollstreckung bei englischen Gerichten beantragt wird, durch Vorschützung mehrfacher Einreden, deren Zulässigkeit theils unbestritten ist, theils von der Entscheidung über noch bestehende rechtliche Kontroversen abhängt, wesentlich in Frage zu stellen. So kann insbesondere die Zuständigkeit eines deutschen Gerichtes nicht als in England zweifellos unanfechtbar angesehen werden, und gehören, was von allgemein maßgebender Bedeutung ist, zu diesen Einreden auch solche, welche ihrem rechtlichen Inhalte nach gegen ein jedes fremde Urtheil vorgebracht werden können (nämlich diejenigen des offensichtlichen Irrthums und der fraus) und deren Aussicht auf Erfolg in konkreter Beziehung für manche Fälle nur von einem weitgehenden richterlichen Ermessen abhängig sein kann. In einem solchen Rechtszustande ist die durch § 661 C. P. O. erforderte Verbürgung der Gegenseitigkeit nicht gegeben. (R. G. 19. V. 82.) R. C. VII. (124.) 411—416. A. VI. (60.) 248—252. Vgl. R. C. VI. (114.) 372. S hierüber auch noch bei R. C. VII. (124.) 409.

Digitized by Google

21. **Nach dem Rechte der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika ist die Gegenseitigkeit, im Allgemeinen wenigstens, vorhanden.** (R. O. H. G. 3. VI. 76.) R. H. XXI. (5.) 14.

22. **Ueber die Gegenseitigkeit der Zwangsvollstreckung zwischen Deutschland und den russischen Ostseeprovinzen.** Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe vom 24. März 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 277 S. 379.

23. **Zwischen dem Deutschen Reiche und Oesterreich sind die Voraussetzungen des § 661 der R. C. P. O. für gegenseitige Rechtshülfe gewährleistet.** Die österreichischen Hofdekrete vom 18. Mai 1792, 18. Juni 1799, 15. Februar 1805 haben allgemein die Vollstreckung der Exekution auswärtiger Civilurtheile angeordnet, sofern nur die Zuständigkeit des ausländischen Prozeßrichters keinem Bedenken unterliegt, und wenn von dem fremden Staat, dessen Gerichtsstand gesprochen hat, über die Urtheile österreichischer Gerichte ebenfalls die richterliche Hülfe geleistet wird. In ihrer Anwendung auf das Deutsche Reich ist in jener Bedingung nicht mehr ausgesprochen, als daß die österreichischen Gerichte die Urtheile auch der deutschen Gerichte zu vollstrecken haben, wenn umgekehrt in Deutschland die österreichischen Urtheile vollstreckt werden. Es ist also von Oesterreich genau dasselbe gefordert, was das Deutsche Reich seinerseits in § 661 unter 5 fordert. Die Gegenseitigkeit ist verbürgt, und zwar nicht bloß zwischen Preußen und Oesterreich, sondern zwischen dem ganzen Deutschen Reich und Oesterreich. Daß aber die gesetzlichen Anordnungen, welche ohne Bezugnahme auf bestimmte außeröösterreichische Prozeßordnungen ganz allgemein erlassen sind, in ihrer Anwendbarkeit auf von Gerichten des Deutschen Reichs erlassene Urtheile auch dadurch nicht berührt sind, daß inzwischen die R. C. P. O. in Kraft getreten ist, bedarf kaum einer Begründung. Wenn insoweit eine Aenderung eingetreten ist, als nun auch in Oesterreich wie im Deutschen Reich auf Grund des § 660 der R. C. P. O. eine vorgängige Klage auf Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung und ein auf diese Klage ergangenes Vollstreckungsurtheil gefordert wird, so ist dies nur eine Folge der streng durchgeführten Gegenseitigkeit. (R. G. 22. IX. 83.) A. VIII. (93.) 354. 355.

24. **Die Verbürgung der Gegenseitigkeit der Rechtshilfe** (insbesondere der Zwangsvollstreckung aus jenseitigen Urtheilen) **zwischen Deutschland und Oesterreich wird durch Verfagung der Zwangsvollstreckung in einzelnen Fällen** (z. B. wegen Unzuständigkeit deutscher Gerichte nach österreichischem Prozeßrecht, aus Kouponsprozessen u. s. w.) **nicht erschüttert.** (R. G. 18. XI. 1884.) U. u. A. I. (127.) 203.

4. Vollstreckbare Ausfertigung.

§ 662.

§ 662.

Die Zwangsvollstreckung erfolgt auf Grund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urtheils (vollstreckbare Ausfertigung).

Die vollstreckbare Ausfertigung wird von dem Gerichtsschreiber des Gerichts erster Instanz und, wenn der Rechtsstreit bei einem höheren Gerichte anhängig ist, von dem Gerichtsschreiber dieses Gerichts ertheilt.

§§ 668, 669. G. V. G. § 154. Ger. K. G. § 35 Nr. 1. R. A. G. O. §§ 24, 35.

1. **Nach den Bestimmungen der C. P. O. bildet die mit der Vollstreckungsklausel versehene Urtheilsausfertigung die Grundlage der Zwangs-**

Digitized by Google

vollstreckung. Sie dient dem Gläubiger als Beweismittel bezüglich der Vollstreckbarkeit des Schuldtitels und dem Gerichtsvollzieher als Ermächtigung zur Einziehung der Forderung (§§ 662, 675, 676). Urtheil des O. L. G. zu Marienwerder vom 8. April 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 354 S. 478.

2. Die Civilprozeßordnung hat die Ertheilung eines Zeugnisses über die Rechtskraft oder die Vollstreckbarkeit von Urtheilen in die Hände des Gerichtsschreibers gelegt, indem sie davon ausgeht, daß es sich nicht um eine Entscheidung, sondern um eine auf Grund der Prozeßakten auszustellende Beurkundung handelt. Demgemäß bestimmt § 646 C. P. O., daß das Zeugniß über die Rechtskraft auf Grund der Prozeßakten von dem Gerichtsschreiber derjenigen Instanz zu ertheilen ist, welcher sich nach geordnetem Instanzenzuge im Besitze der Prozeßakten zu befinden hat, in der Regel also vom Gerichtsschreiber erster Instanz, und nur so lange der Rechtsstreit in einer höheren Instanz anhängig ist, also von der Einlegung des Rechtsmittels bis zur Beendigung der Instanz vom Gerichtsschreiber der höheren Instanz. **Das Gesetz hat bei dieser Ausnahmebestimmung hauptsächlich den Fall vor Augen, wo einer von mehreren Klagansprüchen oder ein Theil eines Anspruches endgültig erledigt ist, während andere Theile des Prozeßstoffes noch der Entscheidung bedürfen** (§ 273 C. P. O.), **der Rechtsstreit als solcher daher theilweise in der höheren Instanz noch anhängig ist. Welcher Theil des angegriffenen Urtheils durch Beschränkung oder theilweise Zurücknahme des Rechtsmittels oder durch Theilurtheil der höheren Instanz die Rechtskraft beschritten habe, kann von dem Gerichtsschreiber der ersten Instanz nicht festgestellt werden, diese Beurkundung ist nur dem Gerichtsschreiber der höheren Instanz möglich, in dessen Händen sich die Prozeßakten zu befinden haben.** Dieselben Grundsätze finden nach § 662 C. P. O. auch auf die Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung Anwendung, wenngleich hier der selbstverständliche Zusatz „auf Grund der Prozeßakten" nicht ausdrücklich wiederholt ist. (R. G. 9. VIII. 87.) R. C. XVIII. (99.) 424. 425.

3. **Ein gerichtliches Erkenntniß, welches lediglich eine Verurtheilung der Ehefrau ausspricht, kann nicht auch als ein gegen den Ehemann vollstreckbarer Titel gelten** (§ 671). (R. G. 20. IV. 83.) R. C. X. (78.) 275.

4. **Die Erwirkung der Vollstreckungsklausel gehört noch zu derjenigen Instanz, in welcher das zu vollstreckende Urtheil ergangen ist.** (R. G. 26. IX. 83.) R. C. XI. (90.) 365.

5. Die **Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung** hat von dem Gerichtsschreiber zu erfolgen, bei dem sich nach dem Instanzenzuge die Akten zur Zeit des Antrages befinden. Beschl. v. 2/11. 82.

6. **Nach § 495 der R. St. P. O. gelten bei der Vollstreckung von Vermögensstrafen und Bußen sämmtliche Bestimmungen der Civilprozeßordnung über die Zwangsvollstreckung, und der schriftliche Auftrag der Staatsanwaltschaft an den Gerichtsvollzieher kann die Stelle einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urtheils nicht vertreten.** Ungültigkeit abweichender partikularrechtlicher Instruktionen. (R. G. 20. III. 80.) R. C. I. (86.) 235—237.

Digitized by Google

§ 663.

§ 663.

Die Vollstreckungsklausel:

„Vorstehende Ausfertigung wird dem u. s. w. (Bezeichnung der Partei) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung ertheilt."

ist der Ausfertigung des Urtheils am Schlusse beizufügen, von dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen.

§§ 666, 668, 671.

§ 664.

§ 664.

Von Urtheilen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalte von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer anderen Thatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, darf eine vollstreckbare Ausfertigung nur ertheilt werden, wenn der Beweis durch öffentliche Urkunden geführt wird.

§§ 666, 667, 671, 679.

1. Die Ansicht, **daß der § 664 der C. P. O. auch auf solche Urtheile und Schuldtitel Anwendung leide, in denen dem Schuldner eine Leistung Zug um Zug mit einer Gegenleistung des Gläubigers auferlegt wird,** ist nicht ohne Vertheidiger (Wach, Vortr. S. 233; Fitting, R. C. P. O. S. 242 Nr. 3). Ueber die entgegengesetzte Ansicht vgl. die Kommentare zur C. P. O. von Petersen, Anm. 3 zu § 672, Anm. 1 zu § 664; v. Wilmowsky u. Levy, Anm. 1 zu § 664; Gaupp zu §§ 664. 672; Seuffert zu §§ 664. 779; Struckmann u. Koch, Anm. 1 zu § 664, Anm. zu § 672; ferner Klemm in den Annalen des sächs. O. L. G. Bd. 5 S. 44; Brettner in den Zeitschr. f. C. P. Bd. 3 S. 331; Seuffert, Archiv Bd. 37 Nr. 278. Die Vorschrift spricht von Urtheilen und Schuldtiteln, deren Vollstreckung von dem seitens des Gläubigers zu beweisenden Eintritt einer Thatsache abhängt, in Bezug auf gewisse, solchen Falls für die Ertheilung der Vollstreckungsklausel zu erfordernde Voraussetzungen. Es können also nur Thatsachen gemeint sein, welche eingetreten sein müssen, bevor der Gläubiger durch Ertheilung der Vollstreckungsklausel in den Stand gesetzt wird, eine Vollstreckungsmaßregel zu beantragen. Bei der Zug um Zug-Leistung dagegen fällt Leistung und Gegenleistung begrifflich — von etwaigen durch die Natur der Leistungen im einzelnen Fall begründeten Zeitunterschieden abgesehen — zusammen. Die Bedeutung der Zug um Zug-Leistung äußert sich demzufolge in dem der Thätigkeit des Gerichtsvollziehers bezw. des Vollstreckungsrichters überwiesenen Vollstreckungsakt, und die Ertheilung der Vollstreckungsklausel hat nur den Zweck, den Schuldtitel für eine dieser Bedeutung entsprechende Vollstreckung geeignet zu machen. Die Beziehung des § 664 auf Zug um Zug-Leistung widerspricht demnach schon dem aus der Wortfassung zu entnehmenden Sinn der Vorschrift. Sie wird aber auch aus der Entstehungsgeschichte der letzteren widerlegt. Die Motive des dieselbe Vorschrift enthaltenden § 614 des Entw. (Kortkampf'sche Ausg. S. 563 unter VI zu den §§ 620—622 des Entw.) sprechen ausdrücklich aus, daß der Entwurf keine Bestimmungen über die Vollstreckung von Urtheilen und Schuldtiteln enthalte, welche eine Zug um Zug-Leistung betreffen, und daß derartige Fälle nicht unter den § 614 fallen. Ein die Aufnahme von Bestimmungen für solche Fälle betreffender Antrag wurde in der Reichstagskommission zwar gestellt aber abgelehnt, weil es mit Rücksicht auf die Mannigfaltigkeit der vorkommenden Verhältnisse unmöglich sei, die Sache prozessualisch zu regeln. Die von Fitting für

Digitized by Google

die entgegengesetzte Auffassung geltend gemachte Vorschrift in § 779 der C. P. O. hat Fälle im Auge, in denen die Vollstreckung der Vermittelung durch ein Vollstreckungsorgan nicht bedarf, sondern mit der Ertheilung der Vollstreckungsklausel ohne Weiteres eintritt. Wenn hier die letztere an die Beobachtung der Bestimmungen in §§ 664. 666 geknüpft wird, so geschieht dies nicht in Anwendung einer für alle Fälle einer Zug um Zug-Leistung gültigen Regel, sondern in dem Sinne einer auf Fälle des § 779 berechneten Ausnahme, deren Existenz gerade für die hier vertretene Auffassung spricht, da die Geltung der Regel als solcher sich auch ohne Hinweis auf dieselbe verstanden haben würde. Urtheil des O. L. G.'s zu Dresden vom 28. Mai 1886. Wengler's Arch. 1887 S. 372 ff. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 340 S. 482. 483.

2. **Ertheilung der Vollstreckungsklausel zu einem Urtheil, welches dem Schuldner eine Leistung gegen eine gleichzeitige Leistung des Gläubigers auferlegt.** Auf den Fall einer Leistung „Zug um Zug" findet der § 664 der C. P. O. keine Anwendung, wie in Uebereinstimmung mit den Motiven S. 441 auch fast sämmtliche Kommentatoren zur C. P. O. annehmen. Die Kläger haben also nicht nöthig, vor Ertheilung der Vollstreckungsklausel nachzuweisen, daß sie die ihnen obliegenden Zahlungen geleistet. Nach der richtigen Auslegung des § 664 (vgl. z. B. Wilmowsky u. Levy, 2. Aufl. S. 761) ist ein derartiger Fall nicht anders als der gewöhnliche, wo die klägerische Leistung vollständig feststeht, zu behandeln, vielmehr bei Ertheilung der Vollstreckungsklausel die klägerische Gegenleistung überhaupt nicht weiter zu beachten, sondern deren nähere Präzisirung ebenso wie deren Erfüllung überhaupt einem späteren Stadium, dem der eigentlichen Zwangsvollstreckung, zu überlassen, m. a. W. also nicht vom Gerichtsschreiber, sondern vom Gerichtsvollzieher oder vom Vollstreckungsgericht zu erörtern. Beschluß des gemeinsch. thüring. O. L. G. zu Jena vom 25. April 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 278 S. 381.

§ 665. **§ 665.**

Eine vollstreckbare Ausfertigung kann für den Rechtsnachfolger des in dem Urtheile bezeichneten Gläubigers, sowie gegen die allgemeinen Rechtsnachfolger des in dem Urtheile bezeichneten Schuldners und unter Berücksichtigung der §§ 236, 238 gegen denjenigen Rechtsnachfolger dieses Schuldners ertheilt werden, an welchen die in Streit befangene Sache während der Rechtshängigkeit oder nach Beendigung des Rechtsstreits veräußert ist, sofern die Rechtsnachfolge bei dem Gericht offenkundig ist oder durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird.

Ist die Rechtsnachfolge bei dem Gericht offenkundig, so ist dies in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen.

§§ 666, 667, 671.

1. Da dem Gerichtsvollzieher die Vollstreckung eines Urtheils nur nach dessen fest bestimmten Inhalte zusteht, ihm daher eine selbständige Prüfung — nach Tragweite der Entscheidung und Legitimation der Parteien — nicht gebührt (§§ 662. 671), so muß ein Urtheil, um als Vollstreckungstitel zu dienen, unter Umständen, und zwar auch dann ergänzt werden, **wenn die Zwangsvollstreckung** nicht für den im Urtheile bezeichneten Gläubiger, sondern **für einen Rechtsnachfolger** desselben **erfolgen soll.** Das geschieht, insofern die Rechtsnachfolge bei dem Gerichte offenkundig ist oder durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird — nicht durch be-

Digitized by Google

sondere Klage, § 667 —, sondern auf Anordnung des Vorsitzenden durch Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung für den legitimirten Rechtsnachfolger (§§ 665. 666) und durch Zustellung im Sinne des § 671 an den Schuldner. — **Die Vollstreckungsklausel für den Rechtsnachfolger kann** aber **nach §§ 665. 666 auch in dem Falle ertheilt werden, wenn die Rechtsnachfolge bereits im Laufe des Rechtsstreites, und zwar vor Erlaß des Urtheiles erster Instanz eingetreten ist.** Eine Aenderung der Parteirollen hat, je nach dem Zeitpunkte, in welchem sie eintritt, für den Fortgang des prozessualen Laufes eine verschiedene Wirkung. Der Tod einer Partei im Laufe der Instanz — abgesehen von anderen gleichqualifizirten Vorgängen — unterbricht das Prozeßverfahren bis zur Aufnahme durch die, in die volle Parteirolle eintretenden Rechtsnachfolger (§§ 217—222), so daß also gegen diese das Erkenntniß ergeht, während eine Zwangsvollstreckung, welche zur Zeit des Todes des Schuldners gegen diesen schon begonnen hatte — also nach rechtskräftig beendetem Prozesse — in den Nachlaß des Schuldners fortgesetzt wird (§ 693). Dagegen scheidet eine Partei durch die Veräußerung bezw. Zession des Streitgegenstandes (abgesehen von den Modifikationen der §§ 237. 238) aus dem Prozesse nicht aus, es erstreckt sich vielmehr — unter Fortdauer der ursprünglichen Parteirolle — die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit der in der Sache selbst — nicht der im Kostenpunkte — ergangenen Entscheidung auch auf den Erwerber der im Streite befangenen Sache, mag derselbe sein Recht vom Kläger oder vom Beklagten ableiten (§ 236). Wenn der Erwerber durch diesen Vermögenserwerb nun auch nicht in den Prozeß, als Partei, mit unmittelbarem formellen Rechte aus dem Urtheile selbst eingetreten ist, das letztere vielmehr Rechte nur für den ursprünglichen Kläger beurkundet hat, so ist durch die Abtretung des Streitgegenstandes für den Erwerber doch materiell eine Rechtsübertragung eingetreten, und um diese für den Rechtsnachfolger, zum Zwecke der Zwangsvollstreckung aus dem Urtheile, in Wirksamkeit zu setzen, muß für ihn die Rechtsnachfolge, insofern sie durch öffentliche Urkunde nachgewiesen wird, nach § 665 in Form der Vollstreckungsklausel festgestellt werden. Ohne diese Ergänzung des Urtheils fehlt für den Erwerber des Streitgegenstandes — gleichgültig, ob der Erwerb vor oder nach dem Erlasse des Urtheils sich vollzogen hat, — die Legitimation aus dem Urtheile in aktiver und passiver Beziehung, und erst durch die Ertheilung der Vollstreckungsklausel wird diese Legitimation und dadurch die Rechtsbeziehung zwischen dem Erwerber und dem Urtheile urkundlich hergestellt. (R. G. 12. VI. 82.) R. C. VII. (100.) 332—334.

2. Der § 665 C. P. O. gestattet die Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung für den Rechtsnachfolger der Urtheilspartei nur dann, wenn die Rechtsnachfolge bei dem Gerichte offenkundig ist oder durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird. Im Falle der letzteren Art der Beweisführung ist eine dem § 380 C. P. O. entsprechende öffentliche Urkunde über eine vor der öffentlichen Behörde oder der Urkundsperson abgegebene, die Rechtsnachfolge aussprechende oder anerkennende Erklärung erforderlich. **Der im § 665 C. P. O. erforderte Nachweis der Rechtsnachfolge kann also nicht durch Privaturkunden, sofern die Unterschriften der Aussteller notariell oder gerichtlich beglaubigt sind, geführt**

Digitized by Google

werden, weil die Beglaubigung der Unterschriften sich nicht über den von der Urkundsperson beurkundeten Vorgang, die Anerkennung der Unterschriften, — § 381 a. a. O. — hinaus erstreckt. (R. G. 10. III. 84.) R. C. XIII. (81.) 330. 331.

§ 666. **§ 666.**

In den Fällen der §§ 664, 665 darf die vollstreckbare Ausfertigung nur auf Anordnung des Vorsitzenden ertheilt werden.

Vor der Entscheidung kann der Schuldner gehört werden.

Die Anordnung ist in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen.

§§ 779.

§ 667. **§ 667.**

Kann der nach den §§ 664, 665 erforderliche Nachweis durch öffentliche Urkunden nicht geführt werden, so hat der Kläger bei dem Prozeßgericht erster Instanz aus dem Urtheil auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel Klage zu erheben.

§ 704. Ger. K. G. § 26 Nr. 8. R. A. G. O. § 20.

Derjenige, gegen welchen auf Grund des § 667 C. P. O. eine Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel erhoben wird, muß in diesem Verfahren nicht die ihm gemäß § 686 gegen den Rechtsvorgänger des Klägers entstandenen Einwendungen geltend machen. Der § 667 C. P. O. schließt sich, soweit er hier in Betracht kommt, dem § 665 an. Nach diesem letzteren wird dem Rechtsnachfolger die Vollstreckungsklausel ohne Weiteres ertheilt, sofern die Rechtsnachfolge bei dem Gerichte offenkundig ist oder durch öffentliche Urkunde nachgewiesen wird. Es unterliegt aber keinem Bedenken, daß gegen einen Rechtsnachfolger, welcher sich durch eine öffentliche Urkunde als solcher ausgewiesen und deßhalb die Vollstreckungsklausel erhalten hat, unter den Voraussetzungen des § 686 a. a. O. die Klage aus solchen Einwendungen statthaft ist, welche nach dem Urtheile, jedoch vor Ertheilung der Vollstreckungsklausel entstanden sind. Kann aber der Nachweis der Rechtsnachfolge nicht durch öffentliche Urkunden geführt werden, so ist auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel Klage zu erheben. Es handelt sich also lediglich um ein Verfahren, durch welches die Rechtsnachfolge, für welche eine öffentliche Urkunde nicht beigebracht werden kann, durch Urtheil festgestellt werden soll; das Urtheil dient zum Ersatze der öffentlichen Urkunde. Aus diesem Zwecke des Verfahrens kann aber keine Verpflichtung des Beklagten hergeleitet werden, Einwendungen geltend zu machen, welche er inzwischen gegen den Rechtsvorgänger erlangt hat. Die Rechtsnachfolge als solche besteht, mögen der Forderung, bezw. dem Urtheile Einreden entgegenstehen oder nicht. Deßhalb spricht auch das Gesetz keine Verpflichtung aus, solche Einwendungen geltend zu machen und einige Ausleger sprechen dem Beklagten sogar die Berechtigung hierzu ab, während andere diese anerkennen. (R. G. 20. V. 84.) R. C. XI. (119.) 434. 435.

Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel.

§ 668. **§ 668.**

Ueber Einwendungen des Schuldners, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, entscheidet das Gericht, von dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel ertheilt ist. Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Digitized by Google

Das Gericht kann vor der Entscheidung eine einstweilige Anordnung erlassen, es kann insbesondere anordnen, daß die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen einzustellen oder nur gegen Sicherheitsleistung fortzusetzen sei.

§§ 685—689. Ger. K. G. § 35 Nr. 1. R. A. G. O. §§ 24.

Ertheilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung.

§ 669.

§ 669.

Eine weitere vollstreckbare Ausfertigung darf derselben Partei, sofern nicht die zuerst ertheilte Ausfertigung zurückgegeben wird, nur auf Anordnung des Vorsitzenden ertheilt werden.

Vor der Entscheidung kann der Schuldner gehört werden.

Der Gerichtsschreiber hat von der Ertheilung der weiteren Ausfertigung, wenn die Entscheidung, durch welche dieselbe angeordnet wird, nicht verkündet ist, den Gegner in Kenntniß zu setzen.

Die weitere Ausfertigung ist als solche unter Erwähnung der Entscheidung ausdrücklich zu bezeichnen.

§ 294 Abs. 3 Ger. K. G. § 35 Nr. 1. R. A. G. O. §§ 24, 32.

Es können auch mehrere vollstreckbare Urtheilsausfertigungen gleichzeitig oder nach einander ertheilt werden, ohne daß es im letzteren Fall der Amortisation der früher ertheilten, verloren gegangenen oder vernichteten Ausfertigungen bedarf (§ 669). Demzufolge kann eine vollstreckbare Urtheilsausfertigung auch nach den Vorschriften der C. P. O. nicht als ein Annex der betreffenden Forderung angesehen werden. Hieraus folgt, daß **der verurtheilte Schuldner gegen den Gläubiger nach dessen freiwilliger Befriedigung keinen Anspruch auf Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung des Urtheils hat.** Wenn man diese Annexqualität aber auch annehmen wollte, so würde der Schuldner dennoch keinen Anspruch auf die Urtheilsausfertigung haben, weil das Eigenthum an der betr. Forderung und damit an der Urtheilsausfertigung in Folge der durch Tilgung seiner Forderung stattgefundenen Aufhebung derselben nicht auf den Schuldner übergeht. Aus der Vorschrift des § 677 der C. P. O., daß der Gerichtsvollzieher nach Empfang der Leistungen dem Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung nebst einer Quittung auszuliefern hat, kann derselbe einen solchen Anspruch nicht entnehmen, weil über die Verpflichtung des Gläubigers bezüglich der Ausantwortung der in seinem Besitz befindlichen Urtheilsausfertigung nichts bestimmt ist, für Inhalt und Umfang der durch die Tilgung einer Schuld begründeten Obligation des Gläubigers also lediglich die Bestimmungen des Civilrechts maßgebend sind. Urtheil des O. L. G. zu Marienwerder vom 8. April 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 354 S. 478.

Verfahren bei Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung.

§ 670.

§ 670.

Vor der Aushändigung einer vollstreckbaren Ausfertigung ist auf der Urschrift des Urtheils zu bemerken, für welche Partei und zu welcher Zeit die Ausfertigung ertheilt ist.

Digitized by Google

5. Beginn der Zwangsvollstreckung.

§ 671. **§ 671.**

Die Zwangsvollstreckung darf nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen welche sie stattfinden soll, in dem Urtheil oder in der demselben beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind und das Urtheil bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.

Hängt die Vollstreckung eines Urtheils seinem Inhalte nach von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Thatsache ab oder handelt es sich um die Vollstreckung eines Urtheils für die Rechtsnachfolger des in demselben bezeichneten Gläubigers oder gegen die Rechtsnachfolger des in demselben bezeichneten Schuldners, so muß außer dem zu vollstreckenden Urtheil auch die demselben beigefügte Vollstreckungsklausel und, sofern die Vollstreckungsklausel auf Grund öffentlicher Urkunden ertheilt ist, auch eine Abschrift dieser Urkunden vor Beginn der Zwangsvollstreckung zugestellt sein oder gleichzeitig mit Beginn derselben zugestellt werden.

§§ 664, 665.

1. Durch die Vorschrift des § 671 der R. C. P. O., daß die Zwangsvollstreckung nur beginnen dürfe, wenn das Urtheil (beziehentlich die anderen Schuldtitel, aus denen die Zwangsvollstreckung gesetzlich stattfindet, § 702 a. a. O.) bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird, soll nur das Interesse des Schuldners gewahrt werden. Derselbe soll vor oder mindestens bei dem Beginn der Zwangsvollstreckung möglichst Kenntniß von derselben erhalten, um deren Ausführung beiwohnen und kontrolliren zu können, daß diese sich innerhalb der gebotenen Schranken halte. **Keineswegs ist aber die Beobachtung dieser Vorschrift als eine nothwendige Voraussetzung für die Rechtsgültigkeit und Wirksamkeit der vorgenommenen Zwangsvollstreckung selbst aufgestellt.** Der Beamte, welcher ohne solche Zustellung eine derartige Zwangsvollstreckung vornimmt, begeht zwar ein Versehen, welches überhaupt und insbesondere auf Beschwerde des Schuldners im Disziplinarwege gerügt werden könnte; die vorgenommene Zwangsvollstreckung selbst aber bleibt trotzdem rechtswirksam, der Schuldner hat sie zu respektiren, sobald er auch nur anderweit von deren Vornahme sichere Kenntniß erhält. (R. G. 16. IX. 84.) A. X. (94.) 457. 458.

2. Wenn auch nach § 662 der C. P. O. die Zwangsvollstreckung nur auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urtheils erfolgen kann, so ist doch **der Beginn der Zwangsvollstreckung nach § 671 der Regel nach nicht abhängig gemacht von der Zustellung der vollstreckbaren Urtheilsausfertigung an den Schuldner; es genügt vielmehr nach Abs. 1 dieses Paragraphen, daß eine Urtheilsausfertigung dem Schuldner zugestellt ist oder gleichzeitig mit Beginn der Zwangsvollstreckung zugestellt wird.** Nur in den im Abs. 2 des erwähnten Paragraphen aufgeführten Fällen muß außer dem zu vollstreckenden Urtheil auch die demselben beigefügte Vollstreckungsklausel dem Schuldner zugestellt sein oder gleichzeitig zugestellt werden. Entsch. des O. L. G. zu Jena vom 10. Oktober 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 270 S. 369.

3. **Der § 671** enthält, wie aus der kategorischen Wortfassung „darf nicht" erhellt, **nicht etwa eine bloß instruktionelle Weisung, sondern ein unbedingtes, den Schutz des Schuldners bezweckendes Verbot,** indem es mit der diesem schuldigen Rücksichtnahme als unverträglich erscheint, die Vollstreckung eines Urtheils zu gestatten, wenn nicht dem Schuldner von der

Digitized by Google

Existenz desselben vorher Kenntniß gegeben worden ist oder doch wenigstens gleichzeitig mit der Vollstreckung Kenntniß gegeben wird. (Hahn, Materialien zur C. P. O. Bd. I S. 439, 876.) — (B. O. L. 3. VII. 84.) S. X. (176.) 481.

4. Aus der Vorschrift des § 671 C. P. O., die Zwangsvollstreckung dürfe nur beginnen, wenn das Urtheil bereits zugestellt gewesen sei oder gleichzeitig zugestellt werde, läßt sich keineswegs entnehmen, daß das bereits vor Beginn der Zwangsvollstreckung zugestellte Urtheil unter allen Umständen dem Schuldner selbst zugestellt gewesen sein müsse, es soll vielmehr durch dieselbe in dieser Richtung keine Abweichung von dem nach dem Gesetze allgemein gültigen Zustellungsverfahren angeordnet werden. Nach § 162 C. P. O. müssen aber Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen, an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen, und es erleidet keinen Zweifel, ist auch in Doktrin und Praxis unbestritten, daß zur Instanz das ganze Verfahren bis zum Schlusse desselben gehört, dieser aber erst mit der Zustellung des in der Instanz ergangenen Urtheiles eintritt. (R. G. 20/24. X. 87.) R. G. für Straff. XVI. (86.) 276.

5. **Ein gerichtliches Erkenntniß, welches lediglich eine Verurtheilung der Ehefrau ausspricht, kann nicht auch als ein gegen den Ehemann vollstreckbarer Titel gelten.** Wie der § 662 C. P. O. bestimmt, erfolgt die Zwangsvollstreckung auf Grund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urtheils und darf dieselbe (§ 671 C. P. O.) nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen welche sie stattfinden soll, in dem Urtheile oder in der demselben beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind. (R. G. 20. IV. 83.) R. C. X. (78.) 276.

6. **Die Bestimmung der §§ 671, 703 R. C. P. O., daß die Zwangsvollstreckung erst nach Zustellung der vollstreckbaren Urkunde beginnen darf, ist auch im Arrestverfahren anwendbar.** (R. G. 16. III. 83.) S. hierüber bei § 808 ad R. C. VIII. (128.) 429—433.

7. **Die Wirksamkeit einer Arrestvollstreckung hängt davon ab, daß der Arrestbeschluß dem Schuldner zugestellt worden ist.** (R. G. 4. III. 82.) S. hierüber bei § 808 ad R. C. VI. (120.) 388—390.

8. **Für die Zustellung eines im Arrestprozesse ergangenen richterlichen Befehls greifen die Bestimmungen des § 671, nicht jene des § 730 der C. P. O. Platz.** Der § 671 ist in den ersten Abschnitt des achten Buches der C. P. O. unter die allgemeinen Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung aufgenommen, welche den zweiten, die einzelnen Vollstreckungsarten regelnden Abschnitt beherrschen. § 730 steht im zweiten Abschnitte bei den die Zwangsvollstreckung in Forderungen betreffenden Bestimmungen; er beruht auf der Voraussetzung, daß der Vorschrift des § 671 Genüge geleistet werde, daß also bei der Pfändung einer Geldforderung die Zahlung des zu vollstreckenden Urtheils an den Schuldner bereits erfolgt sei oder doch gleichzeitig mit dem Pfändungsakte geschehe. Mit Rücksicht hierauf wird für die Zwangsvollstreckung aus einem im ordentlichen Prozesse ergangenen Urtheile die Auffassung des § 730 zu billigen sein, daß behufs Sicherung des Erfolges der Pfändung die Zustellung des Zahlungsverbotes an den Drittschuldner der Zustellung des Ver-

Digitized by Google

äußerungsverbotes an den Schuldner vorauszugehen habe. Anders ist die Sachlage im Arrestprozesse, in welchem der Anspruch und der Arrestgrund nur glaubhaft zu machen sind, § 800 Abs. 2, und ein vollstreckbares Urtheil nicht vorliegt. Hier tritt an Stelle des vollstreckbaren Urtheils der Arrestbefehl, welcher in der Regel der Vollstreckungsklausel nicht bedarf — § 809 Abs. 1. Daraus folgt, daß für die Zustellung des Arrestbefehles an den Schuldner nur die für die Zustellung des Urtheils geltenden Vorschriften als zur Anwendung entsprechend angesehen werden können, und diese Vorschriften sind im § 671 enthalten. (B. O. L. 3. VII. 84.) S. X. (176.) 480.

9. **Wenn die Pfändung der Zustellung des Arrestbefehls vorausgeht, und demnach die Pfändung unwirksam ist, so kann diese nicht dadurch wirksam gemacht werden, daß nachträglich der Arrestbefehl dem Schuldner zugestellt wird.** (R. G. 12. VI. 85.) U. u. A. III. (16.) 39.

10. **Wenn Schuldner und Drittschuldner in demselben Hause beisammen wohnen und die Zustellung eines Arrestbefehls zuerst an letzteren, unmittelbar darauf aber an ersteren geschieht, so können beide Zustellungen als gleichzeitig erfolgt angesehen werden.** (B. O. L. 3. VII. 84.) S. X. (176.) 476.

11. Das Wort **„gleichzeitig"** ist nicht im strikteſten Sinne aufzufassen, in welchem die wissenschaftliche Forschung diesen Begriff zu erfassen sucht; Handlungen, welche Zug um Zug erfolgen, können für gleichzeitig erachtet werden, auch wenn eine meßbare Zeit zwischen ihnen vergeht. (R. G. 31. I. 82.) R. A. IV. (51.) 101. 102.

§ 672. **§ 672.**

Ist die Geltendmachung des Anspruchs von dem Eintritt eines Kalendertages abhängig, so darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn der Kalendertag abgelaufen ist.

Hängt die Vollstreckung von einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung ab, so darf der Beginn der Zwangsvollstreckung nur erfolgen, wenn die Sicherheitsleistung durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen und eine Abschrift dieser Urkunde bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.

§ 650.

§ 673. **§ 673.**

Gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson darf die Zwangsvollstreckung erst beginnen, nachdem von derselben die vorgesetzte Militärbehörde Anzeige erhalten hat.

Dem Gläubiger ist auf Verlangen der Empfang der Anzeige von der Militärbehörde zu bescheinigen.

§§ 158 ff., 699. Anlage z. M. St. G. B. v. 20/6. 72. und R. M. G. v. 2/5. 74. § 38. A. B.

6. Die Funktionen des Gerichtsvollziehers als Vollstreckungsbeamten.

§ 674. **§ 674.**

Die Zwangsvollstreckung erfolgt, soweit sie nicht den Gerichten zugewiesen ist, durch Gerichtsvollzieher, welche dieselbe im Auftrage des Gläubigers zu bewirken haben.

Der Gläubiger kann wegen Ertheilung des Auftrages zur Zwangsvollstreckung die Mitwirkung des Gerichtsschreibers in Anspruch nehmen. Der von dem Gerichtsschreiber beauftragte Gerichtsvollzieher gilt als von dem Gläubiger beauftragt.

§§ 712, 713, 714, 716—725, 727 ff., 730, 732, 744, 746, 751.

Digitized by Google

769—771, 777, 790, 791, 808. G. V. G. §§ 155, 156. Gebühren O. f. G. Vollz. v. 24/6. 78.

1. **Das Rechtsverhältniß des Gerichtsvollziehers zu dem ihn mit der Vornahme einer Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger ist nicht ausschließlich nach dessen Eigenschaft als Staatsbeamter, sondern auch nach den Grundsätzen vom Mandat zu beurtheilen.** Daß der Gerichtsvollzieher die Eigenschaft eines öffentlichen Beamten, eines Staatsbeamten, hat, kann nach den Vorschriften der Reichs- und Landesgesetze nicht zweifelhaft sein (vgl. §§ 155. 156 G. V. G., § 73 des preuß. Ausführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze vom 24. April 1878, §§ 13. 14. 15. 16. 27 ff. der Gerichtsvollzieherordnung vom 14. Juli 1879 und §§ 13. 14. 15. 27. 28. 29 vom 23. Februar 1885). Wäre diese Eigenschaft des Gerichtsvollziehers für das Rechtsverhältniß desselben zu dem ihn mit der Vornahme einer Amtshandlung, insbesondere einer Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger allein maßgebend, so könnte es im Geltungsgebiete der von den Rechten und Pflichten der Staatsdiener handelnden Vorschriften der §§ 85 ff. A. L. R. II. 10 einem Bedenken nicht unterliegen, daß der Gerichtsvollzieher für den durch vertretbares Versehen bei Ausführung eines Zwangsvollstreckungsauftrags dem Gläubiger verursachten Schaden in Gemäßheit der Bestimmung in § 91 A. L. R. II. 10 nur dann hafte, wenn kein anderes gesetzliches Mittel, wodurch den nachtheiligen Folgen eines solchen Versehens abgeholfen werden könnte, mehr übrig ist. **Die Ansicht, daß die Rechtsstellung des Gerichtsvollziehers auch dem Gläubiger gegenüber ausschließlich nach dessen Eigenschaft als Staatsbeamter zu beurtheilen sei, kann jedoch für zutreffend nicht erachtet werden, weil durch die Civilprozeßordnung das Rechtsverhältniß des Gerichtsvollziehers zu dem ihn mit der Vornahme der Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger nach den Grundsätzen des Mandats gesetzlich geregelt, der Gerichtsvollzieher im Verhältnisse zu dem ihn beauftragenden Gläubiger die Stellung eines Mandatars hat, und daher auch seine Vertretungspflicht nach den für das Mandat bestehenden Rechtsnormen sich richtet.** Die Civilprozeßordnung (ebenso die preuß. Gerichtsvollzieherordnung vom 14. Juli 1879 (vgl. z. B. §§ 23. 24. 35. 36), die Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher vom 24. Juli 1879 (vgl. z. B. §§ 2. 3. 4. 5. 6. 20. 21. 49 ꝛc.) und die Gerichtsvollzieherordnung vom 23. Februar 1885) spricht überall, wo von dem Verhältnisse des Gerichtsvollziehers zum Gläubiger die Rede ist, von einem „Auftrage" des Gläubigers, bezeichnet den Gerichtsvollzieher als „den Beauftragten des Gläubigers" und diesen letzteren als den „Auftraggeber" (vgl. §§ 674. 675. 676. 677. 727. 747. 152 ff.). Es kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber den ein bestimmtes civilrechtliches Verhältniß bezeichnenden Ausdruck „Auftrag", „beauftragen" und nur diesen gebraucht haben würde, wenn er nicht hätte zum Ausdrucke bringen wollen, daß das Rechtsverhältniß zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem Gläubiger nach diesen Grundsätzen zu beurtheilen sei, sondern wenn er lediglich hätte aussprechen wollen, daß der mit der Vornahme der Zwangsvollstreckung vom Gesetze betraute Beamte, der Gerichtsvollzieher, nur auf „Antrag, Anrufen, Ansuchen" einer Partei zur Vollziehung der Zwangsvollstreckung schreiten dürfe, und daß es neben

Digitized by Google

diesem Anrufen der Partei einer Verfügung des Gerichtes nicht bedürfe, daß also der Ausdruck „Auftrag" im Sinne von „Antrag" gebraucht sei. Wäre es die Absicht gewesen, nur dieses letztere auszusprechen, so würde der Gesetzgeber ohne Zweifel den dann bezeichnenden und klaren Ausdruck „Antrag", den er überall auch da gebraucht, wo das Gericht nicht von Amts wegen, sondern nur auf Anrufen der Partei thätig wird, oder den Ausdruck „auf Ansuchen" gewählt haben, nicht aber den für diesen Fall unpassenden Ausdruck „Auftrag". Der „Auftrag des Gläubigers" zur Vornahme der Zwangsvollstreckung wird also mit klaren Worten im Gesetze als die Voraussetzung und die Grundlage der Thätigkeit des Gerichtsvollziehers hingestellt. Soweit es die Durchführung der Zwangsvollstreckung erfordert, ist aber auch in der Civilprozeßordnung das Rechtsverhältniß zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem ihn mit der Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger nach den Grundsätzen des Mandats geregelt, und es sind die aus der Zugrundelegung dieses Rechtsverhältnisses sich ergebenden Konsequenzen gezogen. Wie der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung nur auf Grund eines ihm von dem Gläubiger (welcher unter den mehreren für einen Bezirk angestellten und zuständigen Gerichtsvollziehern die Wahl hat (Gerichtsvollzieherordnung §§ 16. 17) unter Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung des Schuldtitels ertheilten Auftrages beginnen kann, so muß er dieselbe gänzlich oder einstweilen einstellen oder beschränken, sobald der Gläubiger den Auftrag zurücknimmt oder beschränkt; der Gerichtsvollzieher ist überhaupt bezüglich der Art der Zwangsvollstreckung an die Weisungen des Gläubigers gebunden, soweit dieselben mit den gesetzlichen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung und mit dem Inhalte des Vollstreckungstitels nicht in Widerspruch stehen (vgl. § 685 C. P. O.). Nach den §§ 675. 676 C. P. O., welche den Umfang der aus dem Auftrage des Gläubigers fließenden Befugnisse des Gerichtsvollziehers regeln, ist der Gerichtsvollzieher, welcher mit der Zwangsvollstreckung beauftragt ist, legitimirt, Zahlungen und sonstige Leistungen des Schuldners in Empfang zu nehmen und darüber zu quittiren, auch dem Schuldner den Schuldtitel auszuhändigen. Der Schuldner wird durch die an den Gerichtsvollzieher geleistete Zahlung liberirt, eine Nachlässigkeit oder Unredlichkeit des Gerichtsvollziehers in Ablieferung des empfangenen Geldes ꝛc. geht auf Gefahr des Gläubigers. Ebenso gilt die Wegnahme gepfändeten Geldes, sowie die Empfangnahme des Erlöses aus der Versteigerung gepfändeter Sachen durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung von Seiten des Schuldners (vgl. §§ 716. 720 C. P. O.). Der Schuldner wird durch die Wegnahme des Geldes und durch die Empfangnahme des Versteigerungserlöses von Seiten des Gerichtsvollziehers bis zur Höhe des weggenommenen, bezw. in Empfang genommenen Betrages ohne Weiteres liberirt. Diese Vorschriften erscheinen gerechtfertigt, wenn man den Gerichtsvollzieher als den Mandatar des Gläubigers, für welchen und in dessen Auftrage er die Zwangsvollstreckung vornimmt, ansieht, wogegen dieselben nicht motivirt erscheinen würden, wenn man davon ausgeht, daß der Gerichtsvollzieher im Zwangsvollstreckungsverfahren lediglich der auf Anrufen, auf Antrag der Partei thätig gewordene Beamte sei, wenn man im Verhältnisse zum Gläubiger jedes civilrechtliche Rechtsverhältniß, namentlich jede Vertretung des Gläu-

Digitized by Google

bigers ausschließt. Uebrigens ergeben auch die Verhandlungen über § 665 des Entwurfes (§ 716 C. P. O.), daß es die Absicht der Regierung, wie der Justizkommission war, damit zum Ausdrucke zu bringen, daß der Gerichtsvollzieher Mandatar des Gläubigers sei. Als beantragt wurde, in § 665 die Worte „die Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung von Seiten des Schuldners" und in § 669 des Entwurfes (§ 720 des Gesetzes) die Worte „die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung von Seiten des Schuldners" zu streichen, erklärte sich der Regierungskommissär gegen diesen Antrag und bemerkte dabei, „der Entwurf habe zum Ausdrucke bringen wollen, daß der Gerichtsvollzieher Mandatar des Gläubigers sei". Nachdem von verschiedenen Seiten Widerspruch gegen diesen Antrag erhoben worden war, wurde derselbe zurückgezogen (vgl. Hahn, Materialien zur Civilprozeßordnung Bd. 1 S. 842). Der Gläubiger kann die dem Gerichtsvollzieher nach § 675 gegebene gesetzliche Vollmacht im Verhältnisse zum Gerichtsvollzieher beschränken, bezw. beseitigen, indem er ihm die in § 675 a. a. O. erwähnten Handlungen untersagt, wogegen allerdings dem Schuldner und Dritten gegenüber eine solche Beschränkung der Vollmacht unwirksam ist (§ 676). Nach § 709 a. a. O. erwirbt ferner der Gläubiger durch die Pfändung des Gerichtsvollziehers ein Pfandrecht an den gepfändeten Sachen. Der Gerichtsvollzieher hat, weil er Beauftragter des Gläubigers ist, gegen diesen als seinen Auftraggeber einen Anspruch auf Zahlung der gesetzlichen Gebühren und Auslagen, und kann die Uebernahme eines Geschäftes von der Zahlung eines zur Deckung der baaren Auslagen und des vermuthlichen Betrages der Gebühren hinreichenden Vorschusses abhängig machen (vgl. Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher vom 24. Juni 1878 §§ 18. 19). Der Gläubiger ist für die Ausführung des dem Gerichtsvollzieher ertheilten Auftrages, für den durch die von ihm vorgenommenen Handlungen Dritten verursachten Schaden unter Umständen verantwortlich (vgl. Motive zu §§ 623 ff. des Entwurfes, Hahn a. a. O. S. 440). (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 14 S. 364.) Diese Auffassung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem Gläubiger nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung findet auch Bestätigung in den Motiven zum Entwurfe der Civilprozeßordnung, sowie in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. In den Motiven (vgl. Hahn, Materialien zur C. P. O. Bd. 1 S. 220. 420. 440 ff.) wird zum Ausdrucke gebracht, daß zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem Gläubiger, für welchen und in dessen Auftrage er die Zwangsvollstreckung vollzieht, durch die Ertheilung des Auftrages ein Mandatsverhältniß begründet werde. Denn die Gerichtsvollzieher werden nicht allein als „Beauftragte" der Gläubiger, welche ihre Thätigkeit in Anspruch nehmen, bezeichnet, sondern es wird auch hervorgehoben, daß der Umfang der aus dem Auftrage fließenden Befugnisse der Gerichtsvollzieher analog demjenigen des Prozeßbevollmächtigten mit Berücksichtigung der veränderten Sachlage bestimmt sei, daß die von dem Amte des Gerichtsvollziehers nicht zu trennende Befugniß der Pfändung und der Wegnahme gepfändeter Sachen den Gläubiger, in dessen Auftrage und zu dessen Vortheile dieselbe ausgeführt werde, einer gewissen Verantwortlichkeit aus-

Digitized by Google

setze, daß die Wirksamkeit des Auftrages ebensowenig wie bei der Prozeßvollmacht von der Beobachtung einer gewissen Form abhängig gemacht sei; daß die Gerichtsvollzieher die ihnen von den Prozeßparteien ertheilten Aufträge selbständig nach den Vorschriften des Gesetzes unter eigener Prüfung ihrer Zulässigkeit und eigener unmittelbarer Verantwortlichkeit gegen den Auftraggeber auszuführen haben. Was aber die Entstehungsgeschichte des Gesetzes betrifft (vgl. Hahn a. a. O. Bd. 1 S. 156 ff.), so hat bekanntlich das Institut der Gerichtsvollzieher seinen Ursprung in Frankreich, ist unter der napoleonischen Herrschaft in den Rheinlanden eingeführt und hat in neuerer Zeit in Hannover und Bayern, in den neueren Prozeßgesetzentwürfen und in den jetzt geltenden deutschen Justizgesetzen Eingang gefunden. Wenn auch nach diesen letzteren, sowie nach der hannover'schen bürgerlichen Prozeßordnung und den neueren Prozeßgesetzentwürfen der Umfang der Thätigkeit und der Befugnisse der Gerichtsvollzieher im Verhältnisse zu der Stellung, welche sie nach dem französisch-rheinischen Verfahren und nach den Vorschriften der bayerischen Prozeßordnung von 1869 einnahmen, ein erheblich beschränkterer ist, so bestehen doch bezüglich der zur Zeit nur interessirenden Frage über das Verhältniß des Gerichtsvollziehers zu der seine Thätigkeit bei der Zwangsvollstreckung in Anspruch nehmenden Partei und insbesondere über die bezüglich seiner Haftbarkeit für Versehen gegenüber dem Gläubiger maßgebenden Grundsätze dieselben Voraussetzungen und Verhältnisse. In allen den Ländern, in welchen das Institut der Gerichtsvollzieher bestanden hat, hatte derselbe eine Doppelstellung, er war zugleich öffentlicher Beamter und Mandatar der betreibenden Partei, sein Rechtsverhältniß zu der letzteren wurde überall nach den Grundsätzen des Mandats beurtheilt. (Dalloz, Jurispr. générale tom. 27 s. v. „Huissiers" namentlich 14 ff. 35 ff. 97 ff. tom. 39 s. v. „Responsibilité" 469 ff. 485. s. v. „Officiers publics" 17. 19; Sirey, Les codes amotés, Code civil Art. 1984 Nr. 15. 24, Art. 1985 Nr. 13, Art. 1986 Nr. 6; Laurent, Principes de droit civil français XX. S. 539; Weiß, Handbuch für Huissiers § 24 S. 62. Bayerische Gerichtsvollzieherordnung vom 15. Mai 1870 § 1 (J. M. Bl. 1870 S. 77 ff.). Civilprozeßordnung 1869 §§ 837. 838; Wernz, Kommentar zur Prozeßordnung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten S. 638. 128. Sammlung der Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern Bd. 3 S. 146, Bd. 4 S. 529, Bd. 6 S. 191. Hannover'sche bürgerliche Prozeßordnung 1850 §§ 530. 532. Motive zu § 532; Leonhardt, Justizgesetzgebung des Königreichs Hannover Bd. 2 S. 353. Hannover'scher Entwurf § 112. Protokolle S. 217. 1132. 4157 ff. 4989. Norddeutscher Entwurf Protokolle 1979.) An diese Entwickelung des Institutes hat die Civilprozeßordnung sich angeschlossen und ebenfalls dem Gerichtsvollzieher diese Doppelstellung gegeben. **Ist also in der Civilprozeßordnung nach deren klarem Wortlaute das Rechtsverhältniß zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem ihn mit der Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger nicht allein als ein Auftragsverhältniß bezeichnet, sondern dieses Rechtsverhältniß auch in einer Reihe wichtiger Beziehungen unter Zugrundelegung dieser Auffassung gesetzlich geregelt, so muß daraus auch gefolgert werden, daß für die Haftbarkeit des Gerichtsvollziehers die Grundsätze vom Mandate maßgebend seien, sofern es**

Digitized by Google

sich um einen dem Gläubiger durch Nichtausführung oder nicht gehörige Ausführung des dem Gerichtsvollzieher ertheilten Auftrags zur Vornahme der Zwangsvollstreckung verursachten Schadens handelt. (Für diese Ansicht haben sich die Kommentatoren der Civilprozeßordnung ausgesprochen, namentlich Struckmann u. Koch, 4. Aufl. S. 722; v. Wilmowsky u. Levy, § 674 Note 3 und Jurist. Wochenschrift 1884 S. 243; Gaupp, Bd. 3 S. 182; Endemann, Bd. 3 S. 154; Seuffert, § 674 S. 753; Petersen, S. 945; Hellmann, Bd. 2 S. 43; Sarwey, Bd. 2 S. 132; ferner Mandry, Civilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze S. 341 Note 18; Wach, Vorträge S. 239, vgl. jedoch Handbuch des Civilprozesses Bd. 1 S. 322 Note 28; Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 2 S. 941, vgl. jedoch Pandekten Bd. 1 S. 286; Fitting, Reichscivilprozeß § 20 II; Schultze, Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung S. 50 ff. 69; Seuffert in Busch, Zeitschrift für Civilprozeß Bd. 18 S. 190; Weißmann, Hauptintervention S. 41 ff.; Jastrow im Archiv für civilistische Praxis Bd. 68 S. 358; Westerburg in Gruchot, Beiträge Bd. 23 S. 878. Gegen dieselbe haben sich erklärt: Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht Bd. 2 S. 353. 354; Bunsen, Lehre von der Zwangsvollstreckung § 26; Nessel in Gruchot, Beiträge Bd. 28 S. 83 ff.; Krech u. Fischer, Das preußische Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen S. 604; Rehbein, Entsch. des Obertrib. Bd. 1 S. 675; A. L. R. Bd. 1 S. 75; v. Schrutka-Rechtenstamm in Grünhut, Zeitschrift Bd. 13 S. 567; Voß in Gruchot, Beiträge Bd. 23 S. 243. Vgl. auch Seuffert, Archiv Bd. 37 Nr. 281. 358; Wengler, Archiv N. F. Bd. 4 S. 472; Annalen Bd. 6 S. 336.) **Der Gerichtsvollzieher kann allerdings auch in seiner Eigenschaft als Beamter für begangene Versehen sich verantwortlich machen, und haftet dann nach den für diese Fälle geltenden Normen. Allein im Verhältnisse zu dem ihn mit Vornahme der Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger bleibt das Mandatsverhältniß das entscheidende Moment für die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Gerichtsvollzieher für den durch vertretbares Versehen bei Ausführung des erhaltenen Auftrages diesem verursachten Schaden haftet.** Auch im Geltungsgebiete der Vorschriften der §§ 85 ff. A. L. R. II. 10 haftet der Gerichtsvollzieher daher für diesen Schaden nicht nur subsidiär. Uebrigens folgt daraus, daß der Gerichtsvollzieher nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung bei Vollziehung der Zwangsvollstreckung als Beauftragter des Gläubigers anzusehen ist, nicht, daß er unbeschränkt als dessen Vertreter handele. In der Civilprozeßordnung ist bestimmt, in welchem Umfange der Gerichtsvollzieher durch den Auftrag der Partei zu deren Vertretung legitimirt wird; darüber hinaus hat er eine Vertretungsbefugniß kraft des Gesetzes nicht. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 9 S. 361.) Die gegen diese Auffassung der Vorschriften der Civilprozeßordnung geltend gemachten Gründe können nicht für zutreffend erachtet werden. Insbesondere ist zunächst die Annahme nicht gerechtfertigt, daß durch die Eigenschaft des Gerichtsvollziehers als eines öffentlichen Beamten ein Mandatsverhältniß zu dem ihn mit der Vornahme einer Amtshandlung, insbesondere einer Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger ausgeschlossen werde. Es

Digitized by Google

kann vielmehr sehr wohl der Gerichtsvollzieher zugleich als Vollstreckungsbeamter öffentlicher Beamter und Mandatar der Partei sein, wie denn auch eine solche Doppelstellung nicht allein zweifellos bei anderen Beamten vorkommt, sondern den Gerichtsvollziehern überall da beigelegt ist, wo dieses Institut seit längerer Zeit bestanden hat. Es werden nur die Grundsätze über das Mandat in einzelnen Beziehungen Modifikationen erleiden müssen, soweit solche durch das öffentliche Amt des Gerichtsvollziehers und die rechtlichen Normen über den Gegenstand, das Maß und die Form der Zwangsvollstreckung erforderlich erscheinen. Dahin gehört namentlich, daß es nicht von dem freien Willen des Gerichtsvollziehers abhängt, ob er einen von der Partei ihm ertheilten Auftrag annehmen oder ablehnen will, sondern daß er nach dem Gesetze verpflichtet ist, die ihm ertheilten Aufträge anzunehmen und nach den gesetzlichen Vorschriften bezw. nach den Anweisungen des Auftraggebers auszuführen, sofern nicht einer der gesetzlichen Gründe vorliegt, welche ihn zur Ablehnung des Auftrages verpflichten oder berechtigen. Es folgt hieraus aber keineswegs, daß die Anwendung der Grundsätze vom Mandat für die Beurtheilung des Verhältnisses des Gerichtsvollziehers zum Gläubiger überhaupt ausgeschlossen sei. Wenn das Gesetz vorschreibt, daß die Parteien die Zwangsvollstreckung nur durch bestimmte, für einen gewissen Bezirk zuständige Beamte vornehmen lassen können, so müssen selbstredend diese Beamten gesetzlich verpflichtet werden, die ihnen ertheilten Aufträge, sofern sie nach den gesetzlichen Bestimmungen zulässig und nicht besondere, in ihrer Person liegende Hindernisse vorhanden sind, anzunehmen. Damit ist jedoch der Wille des Gerichtsvollziehers, mit dem Gläubiger, welcher ihn beauftragt, in ein Vertragsverhältniß zu treten, nicht ausgeschlossen. Der Gerichtsvollzieher will, indem er den ihm ertheilten Auftrag ausführt, allerdings eine Amtshandlung vornehmen, er will dieses aber als Beauftragter des Gläubigers, weil das Gesetz ihn verpflichtet, als Beauftragter des Gläubigers als Vollstreckungsbeamter thätig zu werden. Es kann ferner der Ansicht nicht beigetreten werden, daß die oben hervorgehobenen Vorschriften der Civilprozeßordnung nur civilrechtliche Konsequenzen aus dem der Prozeßordnung zu Grunde liegenden Prinzipe der Prozeßleitung durch die Parteien seien, welche die Eigenschaft und die Stellung, die der Gerichtsvollzieher als Träger eines öffentlichen Amtes einnehme, nicht aufheben und berühren. Die Einführung des Institutes der Gerichtsvollzieher und namentlich die Uebertragung eines großen Theiles der Zwangsvollstreckung auf sie ist allerdings ein Ausfluß des der Civilprozeßordnung zu Grunde liegenden Prinzips des unmittelbaren Prozeßbetriebes durch die Parteien. Aus diesem Prinzipe folgt aber keineswegs als nothwendige Konsequenz, daß die Handlungen der Gerichtsvollzieher, welchen man als selbständigen Organen die Zwangsvollstreckung übertragen hat, diejenigen civilrechtlichen Wirkungen für den Gläubiger, welcher ihre Dienste in Anspruch nimmt, haben müssen, welche die Civilprozeßordnung denselben beigelegt hat. Diese Wirkungen konnten den Handlungen der Gerichtsvollzieher nur dann beigelegt werden, wenn man den Gerichtsvollzieher als den Mandatar des Gläubigers ansieht, nicht wenn der Gerichtsvollzieher lediglich auf Veranlassung des Gläubigers die ihm als Vollstreckungsbeamten anvertraute Amtsgewalt

Digitized by Google

geltend macht. Es ist nicht richtig, der Umstand, daß durch die von dem Gerichtsvollzieher in Folge des ihm ertheilten Auftrages vorgenommenen Handlungen auch für den Gläubiger wirksame Rechtsverhältnisse entstehen, sei nicht eine Wirkung der dem Gerichtsvollzieher innewohnenden Repräsentationsbefugniß des Gläubigers, sondern eine Folge des Gesetzes, hergeleitet aus dem rechtspolitischen Zwecke der Zwangsvollstreckung, welche auf Befriedigung des Gläubigers aus dem Vermögen des Schuldners gerichtet sei. Die gedachten Wirkungen der Handlungen des Gerichtsvollziehers für den Gläubiger beruhen allerdings auf der Vorschrift des Gesetzes, der Civilprozeßordnung. Der Grund dieser gesetzlichen Vorschrift liegt aber nicht in dem rechtspolitischen, auf Befriedigung des Gläubigers gerichteten Zwecke der Zwangsvollstreckung. Dieser Zweck lag in gleicher Weise dem bisherigen Zwangsvollstreckungsverfahren zu Grunde; dennoch wurden an die Vornahme der entsprechenden Vollstreckungshandlungen nicht diejenigen Wirkungen für den Gläubiger, zu dessen Gunsten die Vollstreckung erfolgte, geknüpft, welche ihnen nach der Civilprozeßordnung beigelegt sind. Diese Wirkungen erscheinen nicht lediglich als Ausflüsse der durch den Gerichtsvollzieher gesetzmäßig geübten Staatsgewalt, sondern erklären sich und sind motivirt durch die Auffassung, daß der Gerichtsvollzieher Mandatar des ihn beauftragenden Gläubigers sei und als solcher für ihn und in seinem Namen Zahlung von dem Schuldner und den Erlös der Zwangsversteigerung in Empfang nimmt. Auch nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung stellt sich die Zwangsvollstreckung als ein Akt der vollziehenden Gewalt des Staates, als ein Ausfluß der souveränen Macht desselben dar, obgleich die Zwangsvollstreckung nicht mehr in der Hand des Gerichtes liegt, sondern zum großen Theil auf Betreiben der Partei durch untergeordnete, nichtrichterliche Organe der Justizverwaltung, die Gerichtsvollzieher, erfolgt (vgl. Wach, Handbuch des Civilprozesses Bd. 1 S. 318). Allein daraus folgt nicht, daß die Möglichkeit einer Vertretung des Gläubigers durch den Gerichtsvollzieher ausgeschlossen sei, weil die Handlung, welche derselbe vornehme, ein Akt der Staatsgewalt, nicht eine Handlung der Partei sei, welche diese Handlung vorzunehmen nicht in der Lage sei. Auf dem Gebiete des Civilprozesses vollstreckt der Staat die richterlichen Urtheile nicht unmittelbar im öffentlichen Interesse behufs Aufrechterhaltung der Rechtsordnung, sondern nur auf Verlangen und im Interesse der Parteien, welche ein Recht auf Ausübung des dem Staate zustehenden Zwangsrechtes behufs Realisirung des ihnen zuerkannten Rechtes haben. Indem der Staat nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung den Betrieb der Zwangsvollstreckung den Parteien überweist, jedoch da ihnen selbst die Ausübung des Zwangsrechtes gegen den Schuldner nicht überlassen werden kann, besondere Organe geschaffen hat, welchen er die gesetzliche Befugniß ertheilt und die Verpflichtung auferlegt hat, im Auftrage der Parteien die Zwangsvollstreckung zu vollziehen, das staatliche Zwangsrecht auszuüben, stellt er diese seine Beamten und Vollzugsorgane in den Dienst der Parteien. Indem die Gerichtsvollzieher als Beauftragte der Parteien die Zwangsvollstreckung vollziehen, verwirklicht der Staat durch seine Organe den Rechtsschutz, und es kommt andererseits das Prinzip, daß der Betrieb der Zwangsvollstreckung Sache der Parteien sei, zur

Digitized by Google

Geltung. Das den Gerichtsvollziehern nothwendige und verliehene Imperium kommt bei der von ihnen vorzunehmenden Zwangsvollstreckung dem Schuldner, gegen welchen dieselbe vollzogen wird, sowie dritten Personen gegenüber zur Geltung; dem ihn mit der Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger gegenüber kann dagegen von einer Zwangsgewalt, welche der Gerichtsvollzieher im Namen des Staates zu üben hätte, nicht die Rede sein, ihm gegenüber kommt von der doppelten Eigenschaft, mit welcher der Gerichtsvollzieher bei Ausübung seiner Dienstgeschäfte bekleidet ist, die des Beauftragten als maßgebend in Betracht. Daraus aber, daß es bei der Zwangsvollstreckung um eine Amtshandlung des Gerichtsvollziehers sich handelt, welche der Gläubiger selbst nicht vornehmen kann, folgt nicht, daß ein Mandatsverhältniß zwischen diesem und dem Gerichtsvollzieher nicht bestehen kann. Denn der Vertreter kann für den Vertretenen Handlungen vornehmen, zu denen dieser an und für sich nicht befähigt ist. (Vgl. Wach, Handbuch des Civilprozesses Bd. 1 S. 322 Note 28.) **Vereinigte Civilsenate.** Beschluß vom 10. Juni 1886. R. C. XVI. (99.) 396—409.

2. **Für die Vertretungspflicht des Gerichtsvollziehers ist dessen Eigenschaft als solcher, als eines Vollstreckungsbeamten mit staatlicher Beamtenqualität, nicht das nebenbei bestehende civilrechtliche Auftragsverhältniß zwischen dem Gläubiger und dem Gerichtsvollzieher maßgebend.** Daß ein Gerichtsvollzieher, wie ihn die Civilprozeßordnung bestellt, seine Machtbefugniß vom Staate entlehnt, einen Theil des öffentlichen Imperiums, d. i. der obrigkeitlichen Gewalt ausübt und daher — in den Grenzen dieser öffentlichen Gewalt — die Eigenschaft eines Staatsbeamten hat, das erkennen die Motive an, indem sie ihn als selbständigen „Vollstreckungsbeamten" und den Inbegriff seiner Thätigkeit als „Amt" bezeichnen (vgl. Hahn, Materialien Bd. 1 S. 440), und das bestätigen die Gesetze und Instruktionen, indem sie seine Thätigkeit als „Amtshandlung", seine Gesammtstellung als „Amt" auffassen und ihm alle Attribute eines Staatsbeamten, insbesondere lebenslängliche Anstellung und Pensionsberechtigung nach Maßgabe der Grundsätze für unmittelbare Staatsbeamte beilegen. Die Gerichtsvollzieher müssen an ihrem „amtlichen Wohnsitze" wohnen, ein Geschäftslokal haben und stehen unter den staatlichen Disziplinargesetzen. Bei solcher Ausstattung ist an der Staatsbeamteneigenschaft der Gerichtsvollzieher — an sich — nicht zu zweifeln. Wenn nun die Civilprozeßordnung — dieser öffentlich-rechtlichen Qualifikation gegenüber — die Thätigkeit des Gerichtsvollziehers bei Vornahme einer Zwangsvollstreckung von dem Auftrage des Gläubigers abhängig macht, an diesen Auftrag — in Verbindung mit dem Besitze der vollstreckbaren Ausfertigung — auch die formale Legitimation des Gerichtsvollziehers zur Vertretung des Gläubigers, als Auftraggebers, knüpft, dieser Vertretung endlich — analog einer Prozeßvollmacht, § 77 C. P. O. — einen gesetzlichen Umfang gibt und den — als in Vertretung des Gläubigers vorgenommenen Handlungen des Gerichtsvollziehers rechtliche Wirkung für den Auftraggeber beilegt (§§ 674. 675. 676. 709. 716. 720 a. a. O., §§ 19. 20 der Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher), — so sind diese Bestimmungen nur civilrechtliche Konsequenzen aus dem der Prozeßordnung zum Grunde liegenden Prinzipe des Prozeßbetriebes

Digitized by Google

durch die Partei, heben aber nicht auf und berühren nicht die Eigenschaft und die Stellung, welche der Gerichtsvollzieher als Träger eines öffentlichen und Staatsamtes einnimmt. Ist das richtig, und kann die vorgenommene amtliche Handlung — ungeachtet ihrer civilrechtlichen Folgen für die Parteien — nicht von der öffentlich-rechtlichen Stellung des Gerichtsvollziehers losgelöst werden, so ist auch die Vertretungsverbindlichkeit in Ansehung einer solchen Amtshandlung nach den für die Staatsbeamten im Allgemeinen geltenden Grundsätzen (§§ 68. 85 ff. A. L. R. II. 10), insbesondere nach § 91 a. a. O. zu beurtheilen, welcher bestimmt: „Jedoch findet die Vertretung nur alsdann statt, wenn kein anderes gesetzliches Mittel, wodurch den nachtheiligen Folgen eines solchen Versehens abgeholfen werden könnte, mehr übrig bleibt." (R. G. 17. XI. 83.) R. C. X. (63.) 233—236. (Gegentheilig wurde entschieden in einem Urtheile vom 5. Juni 1883 R. C. IX. (106.) 361 ff.)

3. **Haftung des Gerichtsvollziehers gegenüber dem Gläubiger, welcher ihm den Auftrag zur Zwangsvollstreckung ertheilt hat.** Es muß davon ausgegangen werden, daß der Gerichtsvollzieher Beauftragter des Gläubigers ist. Die Civilprozeßordnung sagt im § 674, der Gerichtsvollzieher solle die Zwangsvollstreckung „im Auftrage des Gläubigers" vornehmen, auch in dem Falle, daß ihm der Auftrag durch Mitwirkung des Gerichtsschreibers ertheilt wird. Noch deutlicher tritt die Auffassung der rechtlichen Stellung des Gerichtsvollziehers als eines „Beauftragten" in den Motiven zur Civilprozeßordnung (S. 411) hervor: „Aus der Selbständigkeit ihrer Stellung dem Gerichte gegenüber folgt ihre Stellung als Beauftragte der Gläubiger, welche ihre Thätigkeit in Anspruch nehmen." Soweit die Durchführung der Zwangsvollstreckung es erfordert, hat das Gesetz das Auftragsverhältniß zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher genau geregelt. Durch die Uebergabe der vollstreckbaren Ausfertigung wird der Auftrag ertheilt. Der Besitz derselben ermächtigt den Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zwangsvollstreckung dem Schuldner und Dritten gegenüber. Der Mangel oder die Beschränkung „des Auftrages" kann diesen Personen gegenüber von dem Gläubiger nicht geltend gemacht werden (§ 676 a. a. O.). Das Gesetz bezeichnet ferner die Fälle, in welchen der Gerichtsvollzieher die Annahme des Auftrages verweigern soll (z. B. §§ 729. 755. 773 ꝛc.). Es versieht den Gerichtsvollzieher mit genauen Anweisungen über die Ausführung des Auftrages. Es trifft endlich Bestimmungen über den Umfang des Auftrages und die rechtlichen Wirkungen der auf Grund desselben vom Gerichtsvollzieher vorgenommenen Handlungen. So sagt § 675 a. a. O., daß der Gerichtsvollzieher Zahlungen oder sonstige Leistungen in Empfang nehmen und über die Empfangnahme wirksam, d. h. mit befreiender Wirkung für den Schuldner, quittiren kann. Durch die Pfändung wird für den Gläubiger ein Pfandrecht erworben (§ 709 a. a. O.). Die Wegnahme von Geld (§ 716) oder die Empfangnahme des Versteigerungserlöses durch den Gerichtsvollzieher (§ 720) gilt als Zahlung seitens des Schuldners. Soweit in allen diesen, vom Gesetze näher angegebenen Beziehungen der Gerichtsvollzieher für den Gläubiger handelt, thut er es als dessen Beauftragter, und haftet als solcher nach den Regeln vom Auftrage für seine Handlungen und Unterlassungen, also für geringes Versehen. Weiter

Digitized by Google

aber, als das Gesetz es bestimmt, geht die Vertretungsbefugniß des Gerichtsvollziehers nicht. Der Rechtsgrundsatz, daß die Kenntniß des Bevollmächtigten dem Auftraggeber schadet, findet nur dann auf den Gerichtsvollzieher Anwendung, wenn ihm eine besondere Vollmacht ertheilt ist. Die Uebersendung der vollstreckbaren Ausfertigung und das Verlangen der Zwangsvollstreckung ersetzt diese Vollmacht aber nicht. (Der Gerichtsvollzieher darf nur in den vom Gesetze ausdrücklich bezeichneten Fällen die Zwangsvollstreckung aussetzen. Thut er es dennoch, so haftet er dem Gläubiger.) Der Gerichtsvollzieher ist allerdings nicht bloß Beauftragter des Gläubigers, sondern gleichzeitig Beamter. (Gerichtsverfassungsgesetz § 155, vgl. Strafgesetzbuch § 113.) Inwiefern diese seine Eigenschaft ihn wegen Verstöße gegen amtliche Pflichten disziplinarisch oder strafrechtlich verantwortlich machen kann, bedarf hier keiner Erörterung. Für sein Verhältniß zum Gläubiger ist sie nicht maßgebend. (R. G. 5. VI. 83.) R. C. IX. (106.) 361—364. A. VIII. (94.) 355—358. (S. hiergegen ein Urtheil R. C. X. (63.) 233—235.)

4. **Der Umfang der Pflichten des Gerichtsvollziehers bestimmt sich nach den Gesetzen und den für das Gerichtsvollzieheramt gegebenen Amtsinstruktionen, auch wenn man als Grundlage für sein Verhältniß zum Auftraggeber das Mandat auffaßt,** also namentlich hinsichtlich seiner Thätigkeit im Zwangsvollstreckungsverfahren nach §§ 155. 156 G. V. G., §§ 674 ff. C. P. O. und der preuß. Gerichtsvollzieherordnung vom 24. Juli 1879. Sowohl als Beamter, als auch als Beauftragter hat er jedenfalls grobes Versehen zu vertreten. (§ 89 A. L. R. II. 10, §§ 55 ff. I. 13.) — (R. G. 10. I. 87.) R. C. XVII. (80.) 334.

§ 675. **§ 675.**

In dem schriftlichen oder mündlichen Auftrage zur Zwangsvollstreckung in Verbindung mit der Uebergabe der vollstreckbaren Ausfertigung liegt die Beauftragung des Gerichtsvollziehers, die Zahlungen oder sonstigen Leistungen in Empfang zu nehmen, über das Empfangene wirksam zu quittiren und dem Schuldner, wenn dieser seiner Verbindlichkeit genügt hat, die vollstreckbare Ausfertigung auszuliefern.

1. Ueber **Haftung des Gerichtsvollziehers** (R. G. 5. VI. 83) s. § 674 ad R. C. IX. (106.) 361—364. A. VIII. (94.) 355—358 und R. C. X. (63.) 233—235.

2. **Da für die Beauftragung des Gerichtsvollziehers zur Zwangsvollstreckung neben der Uebergabe der vollstreckbaren Ausfertigung keine Form vorgeschrieben ist, so kann der Antrag des Gläubigers auch durch eine Mittelsperson an den Gerichtsvollzieher gelangen. Uebergibt diese dem Gerichtsvollzieher die vollstreckbare Ausfertigung und hat letzterer gegen deren Legitimation kein Bedenken, so ist derselbe befugt und verpflichtet, die von ihm verlangte Zwangsvollstreckung vorzunehmen. Eines schriftlichen Ausweises bedarf es für die Mittelsperson nicht.** (R. G. 17. II. 88.) R. A. X. (71.) 157. 158.

§ 676. **§ 676**

Dem Schuldner und Dritten gegenüber wird der Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zwangsvollstreckung und der im § 675 bezeichneten Handlungen durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung ermächtigt. Der Mangel oder die Beschränkung des Auftrags kann diesen Personen gegenüber von dem Gläubiger nicht geltend gemacht werden.

Digitized by Google

1. Ueber **Haftung des Gerichtsvollziehers** (R. G. 5. VI. 83) s. § 674 R. C. IX. (106.) 361—364. A. VIII. (94.) 355—358 und R. C. X. (63.) 233—235.

2. **Nach § 495 der R. C. P. O. gelten bei der Vollstreckung von Vermögensstrafen und Bußen sämmtliche Bestimmungen der Civilprozeßordnung über die Zwangsvollstreckung, und der schriftliche Auftrag der Staatsanwaltschaft an den Gerichtsvollzieher kann die Stelle einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urtheils nicht vertreten.** Ungültigkeit abweichender partikularrechtlicher Instruktionen. (R. G. 20. III. 80.) R. C. I. (86.) 235—237.

§ 677.

§ 677.

Der Gerichtsvollzieher hat nach Empfang der Leistungen dem Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung nebst einer Quittung auszuliefern, bei theilweiser Leistung diese auf der vollstreckbaren Ausfertigung zu bemerken und dem Schuldner Quittung zu ertheilen.

Das Recht des Schuldners, nachträglich eine Quittung des Gläubigers selbst zu fordern, wird durch diese Bestimmungen nicht berührt.

Der verurtheilte Schuldner hat gegen den Gläubiger nach dessen freiwilliger Befriedigung keinen Anspruch auf Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung des Urtheils. Urtheil des O. L. G. zu Marienwerder vom 8. April 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 354 S. 478. S. hierüber bei § 669.

§ 678.

§ 678.

Der Gerichtsvollzieher ist befugt, die Wohnung und die Behältnisse des Schuldners zu durchsuchen, soweit der Zweck der Vollstreckung dies erfordert.

Er ist befugt, die verschlossenen Hausthüren, Zimmerthüren und Behältnisse öffnen zu lassen.

Er ist, wenn er Widerstand findet, zur Anwendung von Gewalt befugt und kann zu diesem Zwecke die Unterstützung der polizeilichen Vollzugsorgane nachsuchen. Ist militärische Hülfe erforderlich, so hat er sich an das Vollstreckungsgericht zu wenden.

§ 777.

1. Ueber den Begriff **„Widerstand"** s. (R. G. 2. I. 83) bei § 679 ad R. St. VII. (110.) 371. 372. R. A. V. (2.) 6. 7.

2. **Der § 678 R. C. P. O. gestattet die Durchsuchung der Wohnung und der Behältnisse des Schuldners, und zu den Behältnissen sind nach dem Sprachgebrauche auch die Kleidertaschen zu rechnen, ohne Unterschied, ob die Kleider sich am Leibe des Schuldners befinden oder nicht.** (R. G. 15. X. 87.) R. St. XVI. (67.) 220. R. A. IX. (241.) 505.

§ 679.

§ 679.

Wird bei einer Vollstreckungshandlung Widerstand geleistet oder ist bei einer in der Wohnung des Schuldners erfolgenden Vollstreckungshandlung weder der Schuldner noch eine zur Familie desselben gehörige oder in dieser Familie dienende erwachsene Person gegenwärtig, so hat der Gerichtsvollzieher zwei großjährige Männer oder einen Gemeinde- oder Polizeibeamten als Zeugen zuzuziehen.

1. **Ein Widerstand im Sinne des § 679 kann nicht bloß durch Anwendung körperlicher Kraft, sondern auch durch mündliche Aeußerungen geleistet werden.** Welcher Art letztere seien müssen, erhellt aus der unmittelbar vorangehenden Vorschrift in § 678, nach welcher der Gerichtsvollzieher, wenn er Widerstand findet, zur Anwendung von Gewalt befugt ist und zu diesem Zwecke die Unterstützung der polizeilichen Vollzugsorgane nachsuchen kann. Die innere Verbindung, in welcher die Vorschriften der §§ 678. 679 zu einander stehen, läßt mit Sicherheit an-

Digitized by Google

nehmen, daß das Wort „Widerstand" hier wie dort im gleichen Sinne gebraucht ist. Sonach genügt zum Widerstande in § 679 ein Verhalten, welches geeignet ist, die Annahme zu begründen, daß sich die Vollstreckungshandlung ohne Anwendung von Gewalt nicht werde durchführen lassen. Nach § 155 G. V. G.'s werden die Dienst- und Geschäftsverhältnisse der Gerichtsvollzieher durch die Landesjustizverwaltung, bezw. durch den Reichskanzler bestimmt. In den Motiven zu den §§ 627—632 des Entwurfes zur C. P. O. (§§ 678—683 des Ges.) wird bemerkt: „Die Vorschriften über die dem Gerichtsvollzieher zustehende Befugniß, Gewalt anzuwenden und selbst in Abwesenheit des Schuldners zu verfahren, sind durch den Zweck der Vollstreckung geboten und werden durch reglementarische Vorschriften ergänzt werden." Schon die in Aussicht genommene Ergänzung der Gesetzesvorschriften durch reglementarische Vorschriften deutet darauf hin, daß das Gesetz sich auf diejenigen Vorschriften habe beschränken wollen, welche die Bedeutung einer Rechtsnorm, sei es für die Rechtsgültigkeit des Aktes, sei es wenigstens für das Recht der Betheiligten zum Widerstande beanspruchen können. Hätte der Gesetzgeber gleichwohl in § 679 a. a. O. nur eine thunlichst zu beachtende oder im Falle der Nichtbeachtung nur disziplinarisch zu ahndende Weisung ertheilen wollen, so würde er entsprechend der sonst von ihm befolgten Terminologie den Ausdruck: „der Gerichtsvollzieher *soll* zuziehen" statt der Fassung: „der Gerichtsvollzieher *hat* zuzuziehen" gewählt haben. Entscheidend aber für die Annahme der Straflosigkeit eines Widerstandes, welcher dem Beamten bei Verletzung des § 679 geleistet wird, ist die Erwägung, daß § 679 zwei Fälle auf gleiche Linie stellt: a. den, daß bei einer Vollstreckungshandlung Widerstand geleistet wird; b. den, daß bei einer in der Wohnung des Schuldners vorzunehmenden Vollstreckungshandlung der Schuldner oder eine der dort bezeichneten Personen nicht gegenwärtig ist. Im Falle zu b. hat offenbar die Zuziehung zweier Zeugen oder eines zweiten Beamten den Zweck, im Interesse der Betheiligten und zum Schutze ihres Hausrechts den Gerichtsvollzieher einer Kontrolle zu unterwerfen. (R. G. 2. I. 83.) R. St. VII. (110.) 371. 372. R. A. V. (2.) 6. 7.

2. **Die bei der Zwangsvollstreckung vom Gerichtsvollzieher zugezogenen großjährigen Männer verlieren die Eigenschaft als Zeugen dadurch allein nicht, daß sie gleichzeitig zu anderweitiger Hülfsleistung bei der Zwangsvollstreckung herbeigezogen sind.** (R. G. 30. X. 84.) R. A. VI. (259.) 670.

3. Der § 679 der C. P. O. macht es dem Gerichtsvollzieher zur *Pflicht*, wenn bei einer Zwangsvollstreckung Widerstand geleistet wird, zwei großjährige Männer oder einen Gemeinde- oder Polizeibeamten als Zeugen zuzuziehen. **Die Nichtbeachtung der hier getroffenen gesetzlichen Anordnung entzieht der Amtshandlung des Gerichtsvollziehers den Charakter der Rechtmäßigkeit.** (R. G. 9. V. 84.) R. A. VI. (137.) 360.

§ 680. **§ 680.**

Jeder Person, welche bei dem Vollstreckungsverfahren betheiligt ist, muß auf Begehren Einsicht der Akten des Gerichtsvollziehers gestattet und Abschrift einzelner Aktenstücke ertheilt werden.

Geb. O. f. G. V. § 14.

§ 681. **§ 681.**

Zur Nachtzeit, sowie an Sonntagen und allgemeinen Feiertagen darf eine Voll-

Digitized by Google

streckungshandlung nur mit Erlaubniß des Amtsrichters erfolgen, in dessen Bezirke die Handlung vorgenommen werden soll.

Die Verfügung, durch welche die Erlaubniß ertheilt wird, ist bei der Zwangsvollstreckung vorzuzeigen.

Die Nachtzeit umfaßt in dem Zeitraume vom 1. April bis 30. September die Stunden von neun Uhr Abends bis vier Uhr Morgens und in dem Zeitraume vom 1. October bis 31. März die Stunden von neun Uhr Abends bis sechs Uhr Morgens.

St. G. B. § 113. St. P. O. § 104 Abs. 3.

1. **Eine an einem allgemeinen Feiertage vorgenommene Immobiliar-Zwangsversteigerung kann nicht als nichtig angefochten werden.** (Hier speziell die bayerische Subhastationsordnung betr.) Das Verbot der Vornahme einer Zwangsversteigerung an einem Feiertage ist nicht civilrechtlicher, sondern prozessualer Natur; denn dasselbe beruht nicht auf einer civilrechtlichen Bestimmung, vermöge welcher Zwangsversteigerungen oder überhaupt gerichtliche oder notarielle Akte, welche an einem Feiertage vorgenommen wurden, als ungiltig erklärt werden, sondern auf der Vorschrift des § 681 der Reichs-Civilprozeßordnung, wonach an Sonntagen und allgemeinen Feiertagen eine Vollstreckungshandlung nur mit Erlaubniß des Amtsrichters erfolgen darf, in dessen Bezirk die Handlung vorgenommen werden soll, also auf einer prozessualen, das Vollstreckungsverfahren betreffenden Bestimmung. Es bemißt sich daher auch die Beantwortung der Frage, durch welche Rechtsmittel im weiteren Sinne und in welchen Formen eine jenem Verbote zuwiderlaufende Handlung von den Betheiligten angefochten werden kann, lediglich nach den deßfallsigen prozessualen Vorschriften. Da gemäß § 757 der Reichs-Civilprozeßordnung die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen durch die Landesgesetzgebung geregelt ist, so entscheiden über die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchen Formen die Aufhebung eines bei einer Immobiliar-Zwangsversteigerung ertheilten Zuschlages beantragt werden kann, die Bestimmungen der bayerischen Subhastationsordnung vom 23. Februar 1879. Diese führt aber im Art. 82 unter den das bei der Zwangsversteigerung zu beobachtende Verfahren betreffenden, die Aufhebung des Zuschlages durch das Vollstreckungsgericht auf gestellten Antrag rechtfertigenden Gründen die Vornahme der Zwangsversteigerung an einem allgemeinen Feiertage nicht an, obwohl zweifellos nach dem Vorbemerkten auch dieser Grund das bei der Zwangsversteigerung zu beobachtende Verfahren betrifft, sie überläßt vielmehr dem Betheiligten die Geltendmachung seiner deßfallsigen Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche sich ja auf eine ihm gemäß Art. 62 der Subhastationsordnung spätestens einen Monat vor dem Versteigerungstermine kundgegebenen Thatsache stützen, bei dem Vollstreckungsgerichte nach § 685 der Reichs-Civilprozeßordnung, gegen dessen Entscheidungen den Betheiligten die sofortige Beschwerde offen steht. (Reichs-Civilprozeßordnung § 684, 701. Motive zu §§ 81—85 des Entwurfes der Subhastationsordnung.) — (B. O. L. 3. IV. 82.) S. IX. (188.) 572. 573.

2. In den altpreußischen Provinzen ist **der Epiphaniastag** (6. Januar) **kein allgemeiner Feiertag** im Sinne des § 681 C. P. O., und befindet sich der Gerichtsvollzieher in berechtigter Amtsausübung, welcher an demselben eine Vollstreckungshandlung vornimmt. In Preußen sind überhaupt

Digitized by Google

kirchliche Festtage keine allgemeinen Feiertage im gesetzlichen Sinne, wenn sie nicht durch Staatsgesetze dafür erklärt sind. (R. G. 2. XI. 80.) R. A. II. (212.) 435—437. R. St. II. (165.) 398—400. A. II. (212.) 515—517. Ueber die Bedeutung des Ausdrucks „allgemeiner Feiertag" s. Fuchsberger, Strafrecht zu § 113 S. 167. 168.

§ 682. **§ 682.**

Der Gerichtsvollzieher hat über jede Vollstreckungshandlung ein Protokoll aufzunehmen.

Das Protokoll muß enthalten:

1. Ort und Zeit der Aufnahme;
2. den Gegenstand der Vollstreckungshandlung unter kurzer Erwähnung der wesentlichen Vorgänge;
3. die Namen der Personen, mit welchen verhandelt ist;
4. die Unterschrift dieser Personen und die Bemerkung, daß die Unterzeichnung nach vorgängiger Vorlesung oder Vorlegung zur Durchsicht und nach vorgängiger Genehmigung erfolgt sei.
5. die Unterschrift des Gerichtsvollziehers.

Hat einem der unter Nr. 4 bezeichneten Erfordernisse nicht genügt werden können, so ist der Grund anzugeben.

1. **Ein Pfändungsprotokoll ist sachlich im Wesentlichen ein formell öffentlich beglaubigter und deßhalb gegen Jedermann beweiskräftiger Bericht des Vollstreckungsbeamten über seine amtliche Thätigkeit und seine für diese erheblichen Wahrnehmungen.** (Vgl. § 678. 679. 682 Nr. 2 C. P. O.) — (R. G. 24. V. 82.) R. St. VI. (122.) 364.

2. Als **„rechtlich erheblich" im Sinne des § 348** hat alles Dasjenige zu gelten, worüber der Beamte eine Nachricht oder eine Beurkundung in die Urkunde aufzunehmen durch die ihm gegebenen Vorschriften, mögen dies übrigens gesetzliche oder auf Grund eines Gesetzes ertheilte instruktionelle Vorschriften sein, angewiesen worden ist. Der Gesetzgeber, bezw. die auf Grundlage der Gesetze dazu berufenen Behörden, haben zu erwägen, welche Thatsachen nach dem Zwecke einer gewissen Art der öffentlichen Urkunden solche Thatsachen sind, die in allen Fällen formell festgestellt sein sollen, weil sie für die von dieser Art der Urkunden berührten oder abhängigen Rechtsverhältnisse, je nach der nicht von vornherein übersehbaren Gestaltung des einzelnen Verhältnisses nach den konkreten Umständen, erheblich werden können, und wenn nach dem Ergebnisse dieser Erwägungen die Beurkundung einer bestimmten Thatsache angeordnet worden ist, so hat sie die Eigenschaft der rechtlichen Erheblichkeit in dem Sinne, worin dieser Begriff in § 348 verstanden wird, schon durch diese Anordnung als solche. Hiermit ist, wie sich von selbst versteht, nicht gesagt, daß das Vergehen des § 348 nur durch falsche Beurkundung derjenigen Thatsachen begangen werden könne, deren abstrakte rechtliche Erheblichkeit das Gesetz selbst durch seine Vorschrift, daß sie vom Beamten richtig beurkundet werden sollen, anerkannt und festgestellt hat. Ist dem Beamten bekannt, daß eine bestimmte Thatsache anderer Art unter den gegebenen konkreten Verhältnissen rechtlich erheblich sei, so unterliegt die vorsätzlich falsche Beurkundung derselben ebenfalls der Strafdrohung des § 348. Die gesetzlichen Vorschriften, auf denen unmittelbar oder mittelbar die rechtliche Erheblichkeit einer Thatsache beruht, sind verschiedenartig, aber schon die der ersterwähnten Art genügen. Das Erforderniß der Strafbarkeit des Beamten, der eine falsche Thatsache beurkundete, daß

Digitized by Google

er sich der rechtlichen Erheblichkeit derselben bewußt gewesen sein müsse, hat man daher gleichfalls mit Rücksicht auf die vorstehend erörterte Verschiedenartigkeit der rechtlichen Erheblichkeit nach der abstrakten und nach der konkreten Seite zu verstehen, und die Anwendbarkeit des § 348 nur dann auszuschließen, wenn thatsächlich feststeht, daß der Beamte, welcher eine Thatsache, über die er eine Beurkundung zu geben durch Gesetz oder Instruktion angewiesen war, falsch beurkundet hat, sich auch des Umstandes, daß die Anweisung richtiger Beurkundung für ihn bestand, unter den Verhältnissen des konkreten Falles nicht bewußt gewesen ist. Hiermit stehen die bisher über diese Frage veröffentlichten Entscheidungen des Reichsgerichts (vgl. Entsch. in Strafs. Bd. 3 S. 324, Bd. 4 S. 277, Bd. 6 S. 17 ff.) im Einklange. (R. G. 24. V. 82.) R. St. VI. (122.) 365. 366.

3. **Die öffentliche Urkunde über eine vollzogene Pfändung begründet den vollen Beweis des beurkundeten Vorganges nicht bloß dritten Gläubigern gegenüber, sondern gegen und für Jedermann.** (C. P. O. §§ 380 bis 383.) — (R. G. 18. IV. 82.) R. St. VI. (68.) 185.

4. **Die Thatsachen, deren Beurkundung der § 682 verlangt, haben sämmtlich die Eigenschaft der rechtlichen Erheblichkeit.** (R. G. 24. V. 82.) R. St. VI. (122.) 366.

5. **Der § 682 der C. P. O. zählt nur diejenigen Erfordernisse auf, welche ein Protokoll des Gerichtsvollziehers über eine Vollstreckungshandlung enthalten muß, steht aber der Beurkundung anderweiter Vorgänge, welche mit der Vollstreckungshandlung in Verbindung stehen, im Pfändungsprotokolle keineswegs entgegen.** (R. G. 6. IV. 86.) R. A. VIII. (95.) 262.

6. **Das in der Zwangsvollstreckung aufgenommene Versteigerungsprotokoll verliert nicht unbedingt die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde dadurch, daß die Unterschrift der Personen, mit welchen verhandelt ist, und die Bemerkung fehlt, weßhalb die Unterschrift nicht beschafft wurde.** (R. G. 24. VI. 85.) R. A. VII. (184.) 431—434. R. St. XII. (100.) 331—335. S. hierüber Näheres in Fuchsberger, Strafrecht (I. Supplementband) zu § 348 eodem.

7. Die **Beurkundung, daß ein Pfand mit Einwilligung des Gläubigers im Gewahrsam des Schuldners belassen worden sei,** ist ein Theil des Pfändungsprotokolles, also einer öffentlichen Urkunde. (R. G. 20. VI. 81.) A. IV. (43.) 113.

8. **Der bloße schriftliche Bericht eines Gerichtsvollziehers in nichtprotokollarischer Form über eine fruchtlose Zwangsvollstreckung und dessen Einträge in die Beitreibungsliste sind keine öffentlichen Urkunden.** (R. G. 14. VI. 81.) R. St. IV. (104.) 283—287. R. A. III. (184.) 395—398. A. IV. (44.) 114. 115.

§ 683.

§ 683.

Die Aufforderungen und sonstigen Mittheilungen, welche zu den Vollstreckungshandlungen gehören, sind von dem Gerichtsvollzieher mündlich zu erlassen und vollständig in das Protokoll aufzunehmen.

Kann die mündliche Ausführung nicht erfolgen, so ist eine Abschrift des Protokolls unter entsprechender Anwendung der §§ 158, 166—170 zuzustellen oder, wenn demjenigen, an welchen die Aufforderung oder Mittheilung zu richten ist, am Orte der Zwangsvollstreckung nicht zugestellt werden kann, durch die Post zu übersenden. Die

Digitized by Google

Befolgung dieser Vorschrift muß zum Protokolle bemerkt werden. Eine öffentliche Zustellung findet nicht statt.

§ 727.

7. Das Vollstreckungsgericht.

§ 684. **§ 684.**

Die den Gerichten zugewiesene Anordnung von Vollstreckungshandlungen und Mitwirkung bei solchen gehört zur Zuständigkeit der Amtsgerichte als Vollstreckungsgerichte.

Als Vollstreckungsgericht ist, sofern nicht das Gesetz ein anderes Amtsgericht bezeichnet, dasjenige Amtsgericht anzusehen, in dessen Bezirke das Vollstreckungsverfahren stattfinden soll oder stattgefunden hat.

§§ 729, Abs. 2, 750, 751, 752, 755, 756, 759, 780, 783, 799, 810, 816.

Die Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

§ 704.

1. Der Abs. 2 des § 684 enthält nur eine Definition des im Abs. 1 gebrauchten Ausdruckes: **Vollstreckungsgericht.** Die Worte desselben: in dessen Bezirke das Vollstreckungsverfahren stattfinden soll oder stattgefunden hat, haben nur die Bedeutung, daß die Ausführung der Zwangsvollstreckung an sich die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichtes nicht ausschließt. Sie besagen jedoch keineswegs, daß dies auch nach gänzlichem Abschlusse des Vollstreckungsverfahrens der Fall sein soll. (R. G. 5. VII. 84.) R. C. XII. (105.) 372.

2. **Das Amtsgericht kann als Vollstreckungsgericht nur insoweit auftreten, als es Civilgericht ist,** weil der Begriff des Vollstreckungsgerichtes in seinem Unterschiede vom Prozeßgerichte nach den Reichsjustizgesetzen überhaupt nur dem Civilprozesse, nicht aber dem Strafverfahren angehört. (R. G. 20. III. 80.) R. C. I (86.) 235.

3. **Der einzelne Amtsrichter handelt innerhalb der Zuständigkeit des Amtsgerichtes stets gültig, ohne Rücksicht auf die vorgeschriebene Geschäftsvertheilung.** (R. G. 20. III. 80.) R. C. I. (86.) 233.

8. Einwendungen gegen Art und Weise der Vollstreckung.

§ 685. **§ 685.**

Ueber Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das bei derselben vom Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren betreffen, entscheidet das Vollstreckungsgericht. Dasselbe ist befugt, die im § 668 Absatz 2 bezeichneten Anordnungen zu erlassen.

Dem Vollstreckungsgerichte steht auch die Entscheidung zu, wenn ein Gerichtsvollzieher sich weigert, einen Vollstreckungsauftrag zu übernehmen oder eine Vollstreckungshandlung dem Auftrage gemäß auszuführen, oder wenn in Ansehung der von dem Gerichtsvollzieher in Ansatz gebrachten Kosten Erinnerungen erhoben werden.

G. V. G. §§ 155, 156. Ger. K. G. § 35 Nr. 5.

1. **Einwendungen gegen das Zwangsvollstreckungsverfahren im Falle des § 685 der R. C. P. O. können nicht durch eine Klage verfolgt werden.** Die R. C. P. O. unterscheidet drei Arten von Einreden des Schuldners beim Zwangsvollstreckungsverfahren, nämlich: 1. gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel. Dies ist der Fall des § 668 der R. C. P. O. Das Gericht, von dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel ertheilt

Digitized by Google

ist, kann auf Anrufen des Schuldners ohne mündliche Verhandlung entscheiden. Gegen die Entscheidung findet sofortige Beschwerde statt (§ 701 ibid.). Bei bedingten Endurtheilen und der Vollstreckung für oder gegen Rechtsnachfolger (§§ 664, 665) erwähnt § 687 eine Klage des Schuldners als zulässig. Dieselbe gehört nach § 686 vor das Prozeßgericht erster Instanz. 2. Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung und das bei derselben vom Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren (§ 685). Hierüber entscheidet, wie es im Gesetze heißt, das Vollstreckungsgericht, und zwar gemäß §§ 684, 701 ohne Nothwendigkeit der mündlichen Verhandlung und mit Zulassung der sofortigen Beschwerde. 3. Einreden gegen den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst (§ 686). Sie sind im Wege der Klage beim Prozeßgericht erster Instanz geltend zu machen. — Ob bei Einreden, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung betreffen, dem Schuldner ein durch die Klage verfolgbares Recht zusteht, muß zwar zunächst nach den Grundsätzen des materiellen Rechts beurtheilt werden. Wenn jedoch die Bestimmungen der R. C. P. O. erkennen lassen, daß den Parteien gegen eine in der Vollstreckungsinstanz vorgekommene Rechtsverletzung nicht der Weg der Klage, sondern ein anderes gesetzlich normirtes Rechtsmittel zustehen soll, so würde eine derartige Anordnung durch das Reichsgesetz maßgebend sein. Aus dem Umstand allein, daß die R. C. P. O. einer Klage im Falle des § 685 nicht gedenkt, läßt sich allerdings die Unzulässigkeit derselben nicht folgern. Erwägt man jedoch, daß es sich im Falle des § 685 regelmäßig um Rechtsverletzungen handelt, welche durch das Verfahren des Gerichts oder des Gerichtsvollziehers entstanden sind, so liegt die Annahme nahe, daß der Gesetzgeber die Remedur hiergegen in dem von ihm angeordneten formloseren Verfahren, mit Ausschluß der Klage, treffen wollte. Für diese Ansicht spricht auch die Entstehungsgeschichte der R. C. P. O. Die Motive (S. 407 ff. zu §§ 617, 634—638 des Entwurfs) bemerken hinsichtlich der oben sub. 1 gedachten Einreden, daß dem Schuldner in jedem Falle freistehe, eine provisorische Entscheidung über diese Einwendungen nach Art des Beschwerdeverfahrens herbeizuführen; daneben könne eine materielle Entscheidung in den Fällen der §§ 664, 665 der R. C. P. O. nur im Wege des kontradiktorischen Verfahrens ergehen. Bei den oben sub. 3 gedachten Einwendungen sei mit Ausschluß des Beschwerdeverfahrens stets im ordentlichen Prozesse zu entscheiden. Hinsichtlich der sub. 2 erwähnten Einwendungen heißt es wörtlich: „Ohne Zusammenhang mit dem voraufgegangenen Rechtsstreite, vielmehr auf einer angeblichen Verletzung der für das Vollstreckungsverfahren gegebenen Vorschriften durch den Gerichtsvollzieher beruhend, zugleich ihrer Einfachheit halber für die kollegialische Berathung ungeeignet, gehören sie ihrer Natur nach vor das den Verhältnissen am nächsten stehende Amtsgericht (Vollstreckungsgericht)". Daß die Erwägung bezweckte, den Ausschluß der Klage bei Einreden gemäß § 685 der R. C. P. O. zu rechtfertigen, ist auch bei der Berathung des Gesetzes in der Reichstagskommission deutlich zu Tage getreten. Der Regierungskommissär hat ohne Widerspruch erklärt (S. 361 der Protokolle): „es sei nicht die Absicht des Entwurfs, wegen des Verfahrens des Gerichtsvollziehers einen anderen Weg als den der Beschwerde zu eröffnen". (R. G. 3. V. 84.) A. X. (69.) 274—276.

Digitized by Google

2. Einwendungen auf Grund neu entstandener Einreden gegen den durch das vollstreckbare Urtheil festgestellten Anspruch (§ 686, § 705 Abs. 3, 4), sowie der Widerspruch eines Dritten, gegen welchen die Zwangsvollstreckung nicht gerichtet wird, auf Grund eines die Veräußerung hindernden Rechts (§ 690) sind im Wege der Klage geltend zu machen, und in diesen Fällen wird daher die mit Erfolg durchgeführte Klage zu einer Wiederaufhebung der geschehenen Zwangsvollstreckung führen. Dabei aber handelt es sich nicht um eine Anfechtung der Rechtsmäßigkeit der Zwangsvollstreckung, sondern um eine Beseitigung, der formell mit Recht geschehenen. **Wo dagegen die Rechtmäßigkeit einer geschehenen Pfändung angefochten wird, da ist der Weg der Klage durch das Gesetz nicht gegeben. Vielmehr steht demjenigen, welcher ungerechtfertigter Weise durch einen Gerichtsvollzieher mit Zwangsvollstreckungsmaßregeln behelligt wird, in Gemäßheit des § 685 die Befugniß zu, durch Anträge beim Vollstreckungsgericht Schutz zu suchen. Hat aber das Vollstreckungsgericht selbst die Zwangsvollstreckungsmaßregel vorgenommen, wie es bei der Pfändung von Forderungen stets geschieht (§ 730), so ist nur im Wege der sofortigen Beschwerde nach § 701 Remedur dagegen zu erlangen.** (Vgl. auch Francke in Busch Zeitschrift für deutschen Civilprozeß, Jahrgang 5 S. 205, 207) Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 24. Juni 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 193 S. 250. 251.

3. Die Bestimmung des § 685 Abs. 1 bezieht sich, wie aus dem Wortlaut und Zusammenhang dieser Gesetzesstelle mit dem vorangehenden § 684 erhellt, **auch auf die von dem Vollstreckungsgericht angeordnete Vollstreckung**, also auch auf die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte gemäß §§ 729 ff. der C. P. O. Beschluß des O. L. G. zu Stuttgart vom 13. Juli 1885. S. A. Bd. 12 bezw. 42 Nr. 80 S. 116.

4. **Die Bestimmung des § 685 a. a. O. lautet in den Worten: „welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung . . . . betreffen", ganz allgemein, so daß sie ebensowohl die vom Vollstreckungsgerichte, wie die vom Gerichtsvollzieher vorgenommenen Vollstreckungshandlungen umfaßt, während andererseits die hinzugefügten Worte: „oder das bei derselben vom Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren", welche die äußerlichen Einzelheiten des Vorgehens des Gerichtsvollziehers im Auge haben, zu einer Ausdehnung auf das Vollstreckungsgericht nach der Natur ihres Gegenstandes keinen Anlaß gaben.** Einen Grund, die zuerst hervorgehobenen Worte ungeachtet ihrer allgemeinen Fassung nur von solchen Anträgen, Einwendungen und Erinnerungen zu verstehen, welche die Art und Weise der vom Gerichtsvollzieher vorgenommenen Zwangsvollstreckung betreffen, könnte man höchstens darin finden, daß nach § 701 C. P. O. gegen Entscheidungen, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können, sofortige Beschwerde stattfindet, während nach § 540 Abs. 3 C. P. O. das Gericht selbst zu einer Abänderung seiner durch die sofortige Beschwerde angegriffenen Verfügung nicht befugt ist. Aber zuvörderst spricht die letztere Bestimmung nur von solchen Verfügungen, welche schon durch eine sofortige Beschwerde angegriffen sind, und wenn auch mit Recht angenommen werden mag, daß eine Verfügung dieser Art ebensowenig vorher beliebig vom Ge-

Digitized by Google

richte selbst abgeändert werden könnte, so würde doch der Abs. 3 des § 540, selbst wenn man hier einen Fall für die sofortige Beschwerde gegeben finden wollte, keinesfalls hindern, daß vor Einlegung einer solchen das Gericht auf einen dem § 685 gemäß gestellten Antrag abänderte, wenn einmal das Gesetz diesen Weg in § 685 a. a. O. ausdrücklich eröffnet. Ferner aber möchte man sich überhaupt nur schwer entschließen, eine solche Verkürzung des rechtlichen Gehöres des Schuldners, wie sie sich in Beziehung auf Pfändungsbeschlüsse des Vollstreckungsgerichtes bei der einschränkenden Auslegung des § 685 a. a. O. praktisch ergeben würde, als vom Gesetze gewollt anzusehen. Während bei der Pfändung beweglicher Sachen durch den Gerichtsvollzieher der Schuldner seine Einwendungen, z. B. unter Berufung auf § 715 C. P. O., zweifellos zunächst beim Amtsgerichte vorzubringen hat und sich gegen einen ungünstigen Bescheid des letzteren noch mit einer Beschwerde an das Landgericht wenden kann, würde er, da er wenigstens bei der Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte außer den körperlichen Sachen vor dem Pfändungsbeschlusse nach § 735 C. P. O nicht einmal gehört werden darf, in solchen Fällen seine Einwendungen allererst als Nova im Sinne des § 533 C. P. O. beim Landgerichte als Beschwerdegerichte anbringen können und also bei ungünstiger Entscheidung desselben mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 531 Abs. 2 C. P. O. praktisch auf diese eine Instanz beschränkt sein. Für eine im praktischen Ergebnisse so verschiedene Behandlung der beiden Arten von Pfändungen wäre zudem gar kein innerer Grund zu entdecken. Es ist daher, obgleich in den Motiven zu §§ 617. 634—638 des Entwurfes der Civilprozeßordnung (mit dessen § 634, abgesehen von der Ersetzung der darin vorkommenden Paragraphenzahl „617" durch „668", der jetzige § 685 wörtlich übereinstimmt) nur die Handlungen des Gerichtsvollziehers als unter den § 634 a. a. O. fallend ausdrücklich erwähnt werden (vgl. S. 561 der Motive), davon auszugehen, daß nach § 685 C. P. O. auch Einwendungen gegen einen ohne vorgängiges Gehör des Schuldners erlassenen Pfändungsbeschluß des Vollstreckungsgerichtes selbst vom Schuldner bei ebendiesem Gerichte angebracht werden können, und sodann von dem letzteren über dieselben zu entscheiden ist; wie z. B. auch Endemann und v. Wilmowsky und Levy in ihren Erläuterungen zu § 685 annehmen. Im norddeutschen Entwurfe, dessen Bestimmungen über die Beschwerde im Zwangsvollstreckungsverfahren in den hier erheblichen Beziehungen ganz denen der Civilprozeßordnung glichen (vgl. § 815 Nr. 13, § 820 Abs. 1 und § 824 Abs. 2 des norddeutschen Entwurfes), trat die Meinung, daß dennoch auch gegen Pfändungsbeschlüsse des Vollstreckungsgerichtes Anträge, Einwendungen und Erinnerungen bei diesem selbst stattfinden sollten, noch deutlicher hervor, indem es in § 911, der in den späteren Entwürfen mit dem § 910 in den jetzigen § 685 a. a. O. zusammengezogen ist, ausdrücklich gesagt war, eben wesentlich mit Rücksicht darauf, daß auch dort schon durch § 993 Abs. 1 das vorgängige Gehör des Schuldners bei der Pfändung von Forderungen und ähnlichen Vermögensrechten ausgeschlossen war. Es ist nun aber weiter auch die (z. B. von v. Wilmowsky und Levy vertretene) Auffassung, als hätte der Schuldner in den hier in Rede stehenden Fällen die Wahl, ob er sich

Digitized by Google

mit einer Gegenvorstellung nach § 685 an das Vollstreckungsgericht selbst, oder mit einer sofortigen Beschwerde nach § 701 a. a. O. an das Landgericht wenden wolle, zu verwerfen. Ganz abgesehen von der praktisch bedenklichen Folge, daß es dann bisweilen recht zweifelhaft erscheinen könnte, ob eine in dieser Beziehung nicht klare Eingabe des Schuldners als unter den § 685, oder unter den § 701 a. a. O. fallend zu behandeln sei, ist jene Meinung auch mit der Wortfassung des § 685 unvereinbar. Wenn derselbe sagt, über solche Anträge u. s. w. *entscheide das Vollstreckungsgericht*, so ist das offenbar nicht bloß in Ansehung der gegen das Verfahren des Gerichtsvollziehers, sondern auch in Betreff der gegen das Verfahren des Vollstreckungsgerichtes selbst gerichteten Anträge als Bestimmung der ausschließlichen Zuständigkeit zu verstehen: sowenig der Schuldner, wenn er Abhilfe gegen eine unrechtmäßige Pfändung des Gerichtsvollziehers sucht, sich nach seiner Wahl an ein anderes Gericht als an das Vollstreckungsgericht wenden könnte, ebensowenig wäre ein Grund abzusehen, weßhalb die Worte „entscheidet das Vollstreckungsgericht", soweit es sich um die eigenen Beschlüsse des Gerichtes handelt, nur von solchen Fällen verstanden werden sollten, wo der Schuldner selbst seinen Antrag gerade an das Vollstreckungsgericht und nicht an das Beschwerdegericht richten wolle. Der ohne Gehör des Schuldners erlassene Pfändungsbeschluß ist mithin überhaupt noch gar nicht eine „Entscheidung" im Sinne des § 701 C. P. O., sondern diese „Entscheidung" wird erst auf die nach § 685 angebrachte Gegenvorstellung erlassen. (R. G. 10. II. 86.) R. C. XVI. (71.) 320—322.

5. **Der dritte Besitzer, bei welchem ungeachtet seines Widerspruchs Sachen des Schuldners gepfändet sind, kann diese Pfändung nicht nur im Wege der Beschwerde nach § 685 der C. P. O., sondern auch im Wege der Klage (§ 690) anfechten.** Wenn sich nach den Motiven zum Entwurf der § 690, gleichwie der zum Schutz eines Pfand- und Vorzugsrechts gegebene § 710, auch zunächst nur auf den Fall der sog. Exekutionsintervention, also auf den Fall bezieht, daß ein Dritter Widerspruch gegen die Veräußerung eines beim *Schuldner* gepfändeten oder zu veräußernden Gegenstandes erhebt, so ist doch davon prinzipiell nicht der Fall ausgeschlossen, in welchem gegen einen *dritten Besitzer* die Zwangsvollstreckung erfolgt und von diesem dritten Besitzer wegen eines die Veräußerung hindernden Rechts Widerspruch erhoben worden ist. Der Gedanke in den Motiven, daß ein solcher Dritter durch seinen Besitz und durch seinen Widerspruch geschützt werde, mag richtig sein in dem Sinn, daß der Dritte zur Abwendung der Zwangsvollstreckung nicht zu klagen genöthigt ist, sondern die Klage des andringenden Gläubigers abwarten kann, denn eine effektive Zwangsvollstreckung findet nur gegen den zur Herausgabe *bereiten* Dritten statt; allein damit ist im § 690 nicht jedes selbständige Klagerecht zum Schutze des die Veräußerung hindernden Anspruchs für jenen Dritten negirt und der Letztere nicht nothwendig und ausschließlich auf den Beschwerdeweg gegen den die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung nicht beachtenden Gerichtsvollzieher (§ 685 a. a. O.) verwiesen. Wenn der dritte Besitzer sein behauptetes, der Zwangsvollstreckung entgegenstehendes, Recht an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung gegen den andringenden Gläubiger selbständig verfolgen will,

Digitized by Google

so kann ihm ein Klagerecht in dieser Beziehung mit negativem Klagezweck nicht versagt werden. Der § 690 a. a. O. steht — nach Wortlaut und Sinn — nicht entgegen. Urtheil des Reichsgerichts vom 9. Juli 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 80 S. 121.

6. Nach § 685 entscheidet über Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das bei derselben vom Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren betreffen, das Vollstreckungsgericht. Nach den Motiven zu dieser Gesetzesstelle, (Hahn, Materialien zur C. P. O. Abth. I S. 436 und ff.), sind **unter diesen Anträgen und Einwendungen solche des Schuldners und des Exekutionssuchers zu verstehen, sie sind im Wege der Beschwerde und nicht, wie in den Fällen der §§ 686, 687 und 690 vorgeschrieben ist, im Wege der Klage geltend zu machen,** nach § 684 Abs. 3 können ferner die Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen, und gegen dieselben findet nach § 701 der R. C. P. O. sofortige Beschwerde statt. **Bei der allgemeinen Fassung des § 685 ist es auch einem bei der Zwangsvollstreckung betheiligten Dritten gestattet, seine Einwendungen gegen die Art und Weise derselben auf Grund dieses § bei dem Vollstreckungsgerichte zu erheben,** (Seuffert, Petersen, Endemann, C. P. O. zu § 685). (B. O. L. 27. V. 82.) S. IX. (207.) 619. 620.

7. **Demjenigen Gerichte, welches zur Entscheidung darüber zuständig ist, ob einem Dritten an dem Gegenstande einer Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehe, kommt auch die Beurtheilung über die Voraussetzungen dieses Rechts, also gegebenen Falls darüber zu, ob eine Pfändung rechtswirksam vorgenommen worden sei.** (B. O. L. 27. V. 82.) S. IX. (207.) 619. S. hierüber bei § 690.

8. **Für Anträge nach § 685 der C. P. O. ist nur das Vollstreckungsgericht zuständig,** und steht das in gedachter Gesetzesstelle eingeräumte Widerspruchsrecht auch Dritten, nicht bloß dem Schuldner und Gläubiger zu. Steht Ersteren (d. i. Dritten) auch überdies der Rechtsbehelf des § 690 der C. P. O. (eine sog. Exekutionsinterventionsklage) zur Seite, so ist denselben doch nicht benommen, gleich dem Schuldner und Gläubiger, auf dem Wege bloßen „Widerspruchs" (§ 685) eine etwa rechtswidrig vorgenommene Pfändung rückgängig zu machen (vgl. Entsch. des R. G. und des obersten bayerischen G. H. in Seuffert, Archiv Bd. 37 Nr. 80 und Bd. 38 Nr. 192). Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe vom 27. November 1883. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 78 S. 118.

9. **Inwiefern die Anwendbarkeit des § 685 Abs. 1 C. P. O. auf Beschlüsse des Vollstreckungsgerichtes, anstatt der in § 701 C. P. O. vorgesehenen sofortigen Beschwerde, dadurch bedingt ist, daß der Beschluß ohne beiderseitiges Gehör der Parteien ergangen sei,** sh. R. G. 14. IX. 87. R. C. XVIII. (101.) 431 ff.

10. **Verhältniß der Bestimmung des § 685 Abs. 1 C. P. O. zu denjenigen Vorschriften, durch welche gewisse Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren dem Prozeßgerichte erster Instanz übertragen werden.** (R. G. 14. IX. 87.) R. C. XVIII. (101.) 431.

11. **Die Beschwerde gegen Einziehung einer** (partikularrechtlich noch bestehenden) **Geldstrafe wegen böslicher Verlassung** (in einem Staate, in

Digitized by Google

dem diese Geldstrafe landesgesetzlich nicht besteht) **ist als eine Einwendung gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung nach § 685 der R. C. P. O. zu beurtheilen. Es hat also über diese Beschwerde das L. G.** (als das im Instanzenzug höhere Gericht), **nicht das O. L. G. zu entscheiden.** (§§ 701, 531 der R. C. P. O.; §§ 161, 162 des G. V. G.) (R. G. 22. VIII. 83.) A. VIII. (95.) 358. 359.

12. **Die Ehefrau eines Schuldners, gegen den ein vollstreckbarer Titel vorliegt, kann soweit ihr Vermögen nach dem maßgebenden bürgerlichen Rechte ohne weiteres als Vollstreckungsobjekt für die Schulden ihres Ehemannes behandelt werden durfte und behandelt worden ist, auf Grund einer Bestimmung des § 749 (oder des § 715) C. P. O. nicht eine Interventionsklage nach Maßgabe des § 690 daselbst erheben, sondern vielmehr nur einen Antrag nach Maßgabe des § 685 daselbst stellen.** (R. G. 27. V. 86.) R. C. XVI. (84.) 346.

9. Einwendungen gegen den Anspruch.

§ 686. **§ 686.**

Einwendungen, welche den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst betreffen, sind von dem Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozeßgericht erster Instanz geltend zu machen.

Dieselben sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.

Der Schuldner muß in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen, welche er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen im Stande war.

§§ 704, 705 Abs. 4. Ger. K. G. § 26 Nr. 8 R. A. G. O. § 20.

1. Wenn auch § 686 den Ausdruck **„Einwendungen"** gebraucht, so erblickt nach dem weiteren Inhalt dieser Gesetzesbestimmung das Gesetz doch in denselben kein einfaches Vertheidigungsmittel, keine Einrede, welche nach § 491 Abs. 2, wenn in 1. Instanz nicht geltend gemacht, noch in der Ber.-Instanz vorgebracht werden kann, vielmehr einen selbständigen Anspruch im Sinn des § 491 Abs. 2. Denn nach § 686 sind die Einwendungen, welche den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst betreffen, von dem Schuldner im Wege der Klage geltend zu machen, und zwar muß der Schuldner in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen, welche er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen im Stande war. Der Klaggrund wird durch die Einwendung gegen den Anspruch aus dem Indikat gebildet, der Klagantrag ist auf Wiederherstellung des status quo vor dem Beginn der Zwangsvollstreckung zu richten, das frühere Urtheil selbst wird nicht aufgehoben (vgl. Seuffert, Struckmann und Koch, Wilmowsky und Levy zu § 686). Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe vom 14. November 1882. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 175 S. 249.

2. **Von der Vorbringung von Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung kann nur dann und insoweit die Rede sein, als das Zwangsvollstreckungsverfahren noch schwebt und der Gläubiger noch nicht befriedigt ist.** Hat der Schuldner sich die Zwangsvollstreckung gefallen lassen, ohne Einwendungen dagegen vorzubringen, und ist der Gläubiger befriedigt, so

Digitized by Google

hat er nun gegen die beendigte Zwangsvollstreckung keine Einwendungen mehr. (R. G. 25. I. 83.) R. C. VIII. (67.) 270.

3. **Die in § 686 der C. P. O. erwähnten Einwendungen können nach Zustellung der Klage nicht mehr geltend gemacht werden.** Urtheil des obersten L. G. f. Bayern vom 19. Oktober 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 172 S. 245.

4. **Wenn der aus einem gerichtlichen Vergleich Verpflichtete Einwendungen gegen die Fortdauer seiner Verpflichtungen erhebt** (§ 686 der R. C. P. O.), **so kann der Berechtigte, statt von dem ihm aus § 702, 1 und § 662 ff. gegebenen Zwangsvollstreckungstitel Gebrauch zu machen, auch auf Verhandlung und Entscheidung über die Einwendungen des Verpflichteten antragen.** (R. G. 18. V. 83.) A. VIII. (42.) 168.

5. **Die veränderte Begründung von Einreden gegen einen durch Urtheil festgestellten Anspruch (§ 686 der C. P. O.), unterliegt den Beschränkungen der Klagänderung.** Die C. P. O. hat im § 686 angeordnet, daß diese Einreden im Wege der Klage geltend zu machen seien, und dieselbe enthält keinerlei Bestimmungen, aus welchen zu entnehmen wäre, daß bei dieser Klage in Gemäßheit des § 686 Abweichungen von den allgemeinen für alle Klagen geltenden Grundsätze zulässig seien. Es müssen daher auch die allgemeinen Grundsätze der C. P. O. über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Klagänderung hier Anwendung finden. Dies ist denn auch die übereinstimmende Ansicht der Kommentatoren. (Struckmann und Koch, 3. Ausg. § 686 Nr. 2; Wilmowsky und Levy, 2. Ausg. § 686 Nr. 3; Seuffert, § 686 Nr. 2; Gaupp, Bd. 3 § 686 sub VI.) Urtheil des hanseatischen O. L. G. zu Hamburg vom 19. Januar 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 279 S. 382.

6. Zu den nach § 686 durch Klage geltend zu machenden Einwendungen gehört die im § 696 erwähnte **Einwendung des Schuldners, daß er nur als Vorbehaltserbe hafte.** (R. G. 25. I. 83.) R. C. VIII. (67.) 270. (S. bei § 696 eodem.)

7. **Der § 686 der C. P. O. findet auch auf die Zwangsvollstreckung aus Kostenfestsetzungsbeschlüssen entsprechende Anwendung;** es ergibt sich dies aus den §§ 703 und 702 Nr. 3. Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 686 ist indessen, daß das Zwangsvollstreckungsverfahren bereits begonnen habe. Wie § 685 die formellen, so behandelt § 686 die materiellen Einwendungen in der Zwangsvollstreckungsinstanz; beide Paragraphen regeln den Einfluß jener Einwendungen auf den Fortgang, bezw. den wegen derselben für geboten erachteten Einhalt des Zwangsvollstreckungsverfahrens. Daß der Fall des § 685 vor Beginn der Zwangsvollstreckung nicht eintreten kann, bedarf keiner Ausführung, und daß dasselbe von § 686 zu gelten hat, ergibt sich aus der im Gesetz ihm angewiesenen Stelle und den Motiven des Entwurfs der C. P. O. (vgl. die Komm. von Gaupp, Bd. 3 S. 205; Wilmowsky und Levy, 3. Aufl. zu § 686 Nr. 1; Seuffert, 2. Aufl. das. Nr. 3 und Hellmann das. Anm. 2). Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 18. Februar 1884. S. A. Bd. 39 Nr. 271 S. 370.

8. **Eine nachträglich erst entstandene Kompensationseinrede kann gegenüber einem Kostenfestsetzungsbeschluß** der Regel nach nur auf dem durch § 686 der C. P. O. vorgezeichneten Wege der Klage geltend

Digitized by Google

gemacht werden, weil eine solche Einrede gegen die rechtliche Existenz einer Ersatzpflicht gerichtet ist, während sich der Kostenfestsetzungsbeschluß, dessen Aufgabe es lediglich ist, den bereits feststehenden Ersatzanspruch seinem Betrage nach zu fixiren, eben deßhalb nur mit der Frage zu befassen hat, ob die liquidirten Kosten wirklich entstanden und in dem angesetzten Quantum berechtigt sind (vgl. Seuffert, Komm. 3. Aufl. S. 131; v. Wilmowsky und Levy 3. Aufl. S. 140; Struckmann und Koch, 5. Aufl. S. 110; Willenbücher, Kostenfestsetzungsverf. S. 24; Entsch. des R. G. Bd. 13 S. 360, in Seuffert, Archiv Bd. 41 Nr. 228). S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 155 S. 155.

9. **Der Weg, auf welchem gegen einen vollstreckbaren Kostenfestsetzungsbeschluß noch Kompensationsansprüche gegen Kostenerstattungsansprüche vom Kostenschuldner mit der Wirkung der Aufhebung des Beschlusses geltend gemacht werden können,** ist nicht der Weg der Beschwerde gegen letzteren, sondern nur der in §§ 686. 703. 702 Ziff. 3 C. P. O. vorgesehene Weg der selbständigen Klage, vorausgesetzt, daß die allgemeinen Bedingungen dieser Klage vorliegen. Ersteres ergibt sich von selbst aus der Natur und Bedeutung eines Kostenfestsetzungsbeschlusses und des dagegen zustehenden Rechtsmittels der (sofortigen) Beschwerde. Das Gericht, bei dem eine Kostenfeststellung beantragt wird, hat eben nur die Kosten festzustellen, und wenn der Kostenschuldner gegen diese Festsetzung keine Ausstellung zu erheben hat, so steht ihm auch keine Beschwerde gegen den Beschluß zu. Denn § 99 C. P. O. gibt ihm letztere nur gegen die Kostenfestsetzung, nicht auch gegen die Vollstreckungsklausel, wenn die zu erhebenden Einwendungen den Bestand des Anspruches überhaupt betreffen. Ihm bleibt also, falls der Anspruch selbst, sei es durch Zahlung, sei es durch Kompensation, getilgt ist und dennoch die Zwangsvollstreckung verfolgt wird, nur noch der Weg der Klage zur Geltendmachung der Einwendungen offen, und können andrerseits, wie daraus von selbst folgt, diese Einwendungen nicht um deßwillen nach § 686 a. a. O. präkludirt erscheinen, weil sie noch in der Beschwerdeinstanz hätten zur Geltung gebracht werden können. Selbst wenn man aber die Einrede der Kompensation noch in der Beschwerdeinstanz zulassen dürfte, würde dies nicht zur Aufhebung des Kostenfestsetzungsbeschlusses haben führen können. Denn die Kostenfestsetzung behält immer ihre selbständige Bedeutung, und auch wenn der, gegen den sie extrahirt ist, erklärt, mit einer Gegenforderung kompensiren zu wollen, fragt es sich immer noch, welcher Kostenbetrag denn nun auf diese Gegenforderung zur Aufrechnung zu bringen sei. Es würde also der Kostenfestsetzungsbeschluß als solcher immer noch bestehen bleiben müssen und es sich nur darum fragen können, ob die Vollstreckungsklausel durch eine im Wege der Beschwerde geltend gemachte Kompensationseinrede beseitigt werden könne. Unter diesem Gesichtspunkte zeigt es sich aber von neuem, wie wenig dies den sonstigen Grundsätzen der Civilprozeßordnung entsprechen würde. Dieselbe unterscheidet **dreierlei Arten der Einwendungen des Schuldners in der Exekutionsinstanz,** gleichviel, ob diese auf einem Urtheile oder auf einem anderen vollstreckbaren Titel beruht (§§ 703. 702 a. a. O.): 1. Einwendungen gegen die Vollstreckungsklausel (§ 668), 2. Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung und das bei derselben vom Gerichts-

Digitized by Google

vollzieher zu beobachtende Verfahren (§ 685) und 3. Einwendungen gegen den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst (§ 686). Nur die unter 1. und 2. gedachten Einwendungen können ohne Betretung des Klageweges erhoben werden. Zu den den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen, welche nach Vorschrift des § 686 C. P. O. nur mittels Klage geltend gemacht werden können, gehört aber der Einwand der Tilgung, sei es durch Zahlung, sei es durch Kompensation, und dieser Einwand kann also nicht im Beschwerdewege zur Beseitigung der Vollstreckungsklausel erhoben werden. (R. G. 24. IV. 85.) R. C. XIII. (93.) 360—362.

10. **Der § 686 der C. P. O. findet in Fällen des § 29 der Preuß. Verordnung vom 17. September 1879 keine Anwendung.** U. u. A. III. (201.) 438.

10. Klage wegen Unzulässigkeit der Vollstreckungsklausel.

§ 687.

§ 687.

Die Bestimmungen des § 686 Absatz 1, 3 finden entsprechende Anwendung, wenn in den Fällen der §§ 664, 665 der Schuldner den bei Ertheilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommenen Eintritt der Thatsache, von welcher das Urtheil die Vollstreckung abhängig macht, oder die als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestreitet, unbeschadet der Befugniß des Schuldners, in diesen Fällen Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel in Gemäßheit des § 668 zu erheben.

§ 704 Ger. K. G. § 26 Nr. 8. R. A. G. O. § 20.

§ 688.

§ 688.

Das Prozeßgericht kann auf Antrag anordnen, daß bis zur Erlassung des Urtheils über die in den §§ 686, 687 bezeichneten Einwendungen die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung eingestellt oder nur gegen Sicherheitsleistung fortgesetzt werde und daß die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien. Die thatsächlichen Behauptungen, welche den Antrag begründen, sind glaubhaft zu machen.

In dringenden Fällen kann das Vollstreckungsgericht eine solche Anordnung erlassen, unter Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher die Entscheidung des Prozeßgerichts beizubringen sei. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist wird die Zwangsvollstreckung fortgesetzt.

Die Entscheidung über diese Anträge kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Ger. K. G. § 35 Nr. 2. R. A. G. O. § 23 Nr. 1, § 29 Nr. 4. § 30 Nr. 2.

1. Es versteht sich von selbst, daß für die Anwendung des Abs. 1 des § 688 C. P. P. die regelmäßige **Voraussetzung** überhaupt die ist, **daß die Klage nach § 686 Abs. 1 bezw. § 687 schon erhoben, d. h. nach § 230 dem Vollstreckungssucher zugestellt sei**; sonst kann vernünftigerweise von einer Anordnung, daß „bis zur Erlassung des Urtheils" die Zwangsvollstreckung einzustellen oder aufzuheben sei, gar nicht die Rede sein. Aus dem Abs. 2 des § 688 geht nun freilich hervor, daß das Vollstreckungsgericht, wenn dieses wegen Dringlichkeit des Falles zu einer solchen Anordnung Veranlassung findet, nicht nach der vorgängigen Zustellung der Klage zu fragen braucht, indem es nur eine Frist setzen soll, innerhalb welcher die Entscheidung des Prozeßgerichtes beizubringen sei: und daraus folgt wiederum, daß auch das Prozeßgericht selbst von

Digitized by Google

jener formellen Voraussetzung absehen und sich damit begnügen kann, in anderer Weise dafür zu sorgen, daß seine einstweilige Anordnung nicht ohne wirkliche Erhebung der Klage nach § 686 Abs. 1 in Kraft trete und dauernd in Kraft bleibe; denn das Prozeßgericht kann in dieser Beziehung keine geringere Befugniß haben, als das Vollstreckungsgericht. (Vgl. Wilmowsky-Levy, C. P. O., Aufl. 2 Anm. 1 und 3 zu § 688.) Es empfiehlt sich für einen Fall wie den vorliegenden, wo jedenfalls die Klage jetzt längst zugestellt sein könnte, den Vollzug der Anordnung einfach von dem Nachweise der erfolgten Zustellung abhängig zu machen. (Vgl. Gaupp, C. P. O., Bd. 3 Anm. 2 zu § 688.) (R. G. 15. III. 82.) R. C. X. (92.) 315.

2. **Aufgehoben werden darf die Zwangsvollstreckung nach § 688 C. P. O. nicht deßhalb, weil nach Ansicht des Gerichts der Vollstreckungssucher anderweitig genügende Sicherheit in Händen hat, sondern nur „gegen Sicherheitsleistung", worunter nach § 101 C. P. O. die Hinterlegung von baarem Gelde oder sicheren Werthpapieren zu verstehen ist.** Ohne solche Sicherheitsleistung dürfte die Zwangsvollstreckung höchstens eingestellt werden. (R. G. 15. III. 82.) R. C. X. (92.) 316.

3. In der Wirkung läuft es annähernd auf dasselbe hinaus, wenn auch auf Grund des § 688 Abs. 1 C. P. O. die Einstellung der Vollstreckung (ohne Sicherheitsleistung) unter der Voraussetzung verordnet wird, daß schon so viel gepfändet sei, als nöthig ist, um den Gläubiger für den entsprechenden Betrag zu decken. **Der Unterschied besteht darin, daß durch die „Einstellung" nicht, wie es durch die „Aufhebung" geschehen würde, dem Gläubiger das nach § 109 C. P. O. erworbene Pfandrecht wieder verloren geht;** womit zusammenhängt, daß bei der bloßen „Einstellung" alles einmal Gepfändete, selbst wenn sich herausstellen sollte, daß unabsichtlich das in § 708 Abs. 1 C. P. O. bezeichnete Maß überschritten sei, gepfändet bleibt (also bei einer daneben für einen Theilbetrag erfolgenden „Aufhebung" ein verhältnißmäßiger Theil des sämmtlichen Gepfändeten gepfändet bleibt), indem dann abgewartet werden muß, ob später bei der Versteigerung der in § 719 C. P. O. vorgesehene Fall eintritt. (R. G. 15. III. 82.) R. C. X. (92.) 316. 317.

Die Anweisung an die Hinterlegungsstelle zur Auszahlung einer vom Intervenienten gemäß §§ 688. 690 C. P. O. behufs Aufhebung der Zwangsvollstreckung hinterlegten Summe nach Zurückweisung der Interventionsklage hat das Vollstreckungsgericht zu erlassen. Das durch die Hinterlegung begründete Rechtsverhältniß kann in zwiefacher Weise aufgefaßt werden. Entweder ist für den Kläger ein Pfändungspfandrecht an dem hinterlegten Gelde entstanden. Bei dieser Ansicht würde zu argumentieren sein, daß die Hinterlegungsstelle als Organ des Gerichtes (vgl. § 6 der preuß. Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879, G. S. S. 249) das hinterlegte Geld in ähnlicher Weise, wie nach den §§ 712. 716 C. P. O. der Gerichtsvollzieher gepfändete körperliche Sachen oder Geld für den Gläubiger in Empfang nimmt. Zwar geht nach § 7 der Hinterlegungsordnung das gepfändete Geld in das Eigenthum des Staates über. Dieser Umstand bildet jedoch kein Hinderniß für die Annahme, daß das Pfändungspfandrecht an dem Restitutions-

Digitized by Google

anspruche, welcher nach § 8 a. a. O. für den Hinterlegenden an den Staat erwächst, erworben wird. Nach der Regelung, welche das Hinterlegungswesen in den §§ 6. 30. 31 der Hinterlegungsordnung gefunden hat, würde statt der Ueberweisung des Restitutionsanspruches eine Anweisung des Gerichtes an die Hinterlegungsstelle zur Auszahlung an den Berechtigten zu geschehen haben, und diese Anweisung könnte nach Analogie des § 729 C. P. O. nur von dem Vollstreckungsgerichte ertheilt werden. Man kann aber auch andererseits davon ausgehen, daß der Zweck der Hinterlegung, also die Sicherung des Klägers wegen des aufgehobenen Pfändungspfandrechtes nur dann erreicht wird, wenn man annimmt, daß der Intervenient das hinterlegte Geld als Befriedigungsmittel für den Kläger bestimmt hat, jedoch unter der Bedingung, daß die Auszahlung an den Kläger nicht erfolgen sollte, sofern er sein Eigenthum an den Pfandstücken nachweisen würde. Diese Auffassung wird bei einer Hinterlegung des Streitgegenstandes durch den Schuldner — §§ 652. 659 C. P. O. — die Regel bilden. Für dieselbe spricht dann, wo der Intervenient hinterlegt hat, der Umstand, daß die vom Prozeßgerichte bestimmte Hinterlegungssumme nach der Höhe der klägerischen Forderung, nicht nach dem Werthe der freigegebenen Pfandstücke bemessen ist. Es bedarf jedoch keiner Entscheidung, welche von beiden rechtlichen Konstruktionen, ob Pfändungspfandrecht oder Zahlung unter einer Resolutivbedingung, hier die richtige ist, denn auch im letzteren Falle würde die Anweisung zur Auszahlung an die Hinterlegungsstelle eine Vollstreckungshandlung darstellen, und also das Vollstreckungsgericht die im § 30 Nr. 2 der Hinterlegungsordnung gedachte zuständige Behörde sein. (R. G. 17. XII. 84.) R. C. XII. (116.) 394—397.

5. **Die Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung** kann nach § 688 Abs. 1 der C. P. O. je nach dem Ermessen des Gerichts gegen oder ohne Sicherheitsleistung erfolgen. Die Anforderung einer derartigen Sicherheit ist namentlich dann angezeigt und gerechtfertigt, wenn nach Lage der Sache zu besorgen ist, daß bei Aussetzung der Zwangsvollstreckung dem die Exekution betreibenden Gläubiger die dereinstige Befriedigung aus den Pfandstücken erschwert oder vereitelt werden könnte. Eine derartige Gefährdung des Gläubigers ist aber da nicht gegeben, wo derselbe durch die Pfändung von Mobiliar und durch das hierdurch für ihn begründete Pfandrecht ausreichend gesichert ist. Beschluß des O. L. G. zu Jena vom 4. Februar 1885. S. A. XL bezw. X (327.) 470. 471.

6. **Anwaltszwang für einen Antrag auf Einstellung einer Zwangsvollstreckung.** (C. P. O. § 74; Rechtsanwaltsordnung § 27; reichsgerichtliche Entsch. Bd. III S. 374, Bd. I S. 431.) (B. O. L. 10. IV. 85.) S. XI. (38.) 102. 103.

§ 689.

§ 689.

Das Prozeßgericht kann in dem Urtheile, durch welches über die Einwendungen entschieden wird, die in dem vorstehenden Paragraphen bezeichneten Anordnungen erlassen oder die bereits erlassenen Anordnungen aufheben, abändern oder bestätigen. In Betreff der Anfechtung einer solchen Entscheidung finden die Vorschriften des § 556 entsprechende Anwendung.

Digitized by Google

11. Widerspruch Dritter gegen die Zwangsvollstreckung.

§ 690. **§ 690.**

Behauptet ein Dritter, daß ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehe, so ist der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage bei dem Gerichte geltend zu machen, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung erfolgt.

Wird die Klage gegen den Gläubiger und den Schuldner gerichtet, so sind diese als Streitgenossen anzusehen.

Auf die Einstellung der Zwangsvollstreckung und die Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln finden die Vorschriften der §§ 688, 689 entsprechende Anwendung. Die Aufhebung einer Vollstreckungsmaßregel ist auch ohne Sicherheitsleistung zulässig.

§ 710. Ger. K. G. § 35 Nr. 2. R. A. G. O. § 23 Nr. 1, § 29 Nr. 4, § 30 Nr. 2.

1. **Die Widerspruchsklage nach § 690 hat ihren bestimmten, auf Verhinderung der Vollstreckung beschränkten Zweck; das Klagegesuch ist dahin zu richten, daß der betreffende Gegenstand nicht als Gegenstand der Exekution gegen den Schuldner zu behandeln, von dieser Exekution auszunehmen sei.** (Sarwey, C. P. O. zu § 690.) In den Motiven zu § 639 und 690 (Hahn a. a. O. S. 442) ist zwar bemerkt: Die Stellung des Dritten als Klägers ergebe sich mit Nothwendigkeit daraus, daß der streitige Gegenstand sich nicht im Besitze des Dritten befinde, denn andernfalls könne er sich gegenüber einer etwaigen Zwangsvollstreckung auf bloßen Widerspruch beschränken und die Klage des obsieglichen Theiles auf Herausgabe abwarten (§§ 710, 712, 713, 772); allein wenn hiernach auch dieser Weg dem dritten Besitzer offen steht, so ist ihm doch durch § 690 nach dessen Wortlaut und Sinn nicht jedes selbständige Klagerecht zum Schutze des die Veräußerung hindernden Anspruches entzogen. (Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte Bd. 37 S. 120.) — (B. O. L. 27. V. 82.) S. IX. (207.) 620.

2. **Der dritte Besitzer, bei welchem ungeachtet seines Widerspruchs Sachen des Schuldners gepfändet sind, kann die Pfändung nicht nur im Wege der Beschwerde nach § 685 der C. P. O., sondern auch im Wege der Klage (§ 690) anfechten.** S. hierüber für und gegen diesen Ausspruch bei § 685. Urtheil des Reichsgerichts vom 9. Juli 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 80 S. 120.

3. **Verhältniß der Feststellungsklage nach § 231 und der Widerspruchsklage nach § 690 der C. P. O. unter einander und zu entsprechenden Klagen des gemeinen Rechts im Fall eines Streits unter mehreren Forderungsprätendenten.** Urtheil des Reichsgerichts vom 10. März 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 187 S. 263 f.

4. **Ein Dritter, welcher behauptet, daß ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehe, kann gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage Widerspruch erheben** (§ 690). **Ein bloßes „Interesse" an der Aufhebung des Arrestes genügt aber nicht, um den Kläger zu einem darauf gerichteten Antrage zu legitimiren.** Ein mit Unrecht erlassener Arrestbefehl ist nicht in Folge des mangelnden Arrestgrundes ipso jure ungültig und unwirksam. Vielmehr

Digitized by Google

besteht derselbe zu Recht, so lange er nicht vom Gerichte aufgehoben ist. Es kann sonach nicht Jeder, der ein Interesse an der Beseitigung des Arrestes hat, mittels Klage oder Einrede geltend machen, der Arrest sei mit Unrecht erlassen worden. Vielmehr kann dessen Aufhebung nur auf dem im Gesetze vorgesehenen Wege beantragt werden. (R. G. 5. IV. 87.) R. C. XVIII. (81.) 375. 376.

5. **Der Widerspruch des Zessionars gegen die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Pfändung einer ihm zedirten Forderung ist durch eine Klage auf Aufhebung der Pfändung geltend zu machen.** Nach der im I. Abschn. des 8. Buches der C. P. O. unter den allgemeinen Bestimmungen der Zwangsvollstreckung enthaltenen Vorschrift des § 690 kann ein Dritter, welcher behauptet, daß ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehe, den Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage bei dem Gerichte geltend machen, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung erfolgte. Diese Vorschrift bezieht sich nicht bloß auf den Fall, wo der Dritte diejenige Sache für sich in Anspruch nimmt, deren Herausgabe den Gegenstand der Zwangsvollstreckung bildet, sondern auch auf den Fall, wo der Dritte gegen die Veräußerung eines beim Schuldner behufs Befriedigung des Gläubigers wegen einer Geldforderung gepfändeten Gegenstandes (§ 709) wegen eines ihm an diesem Gegenstande zustehenden, die Veräußerung hindernden Rechts Widerspruch erhebt. Hat nun auch der Zessionar kein Eigenthum an der ihm abgetretenen Forderung, weil man von Eigenthum an einer Forderung im eigentlichen Sinne nicht sprechen kann, so hat doch der Gläubiger zweifellos ein Recht, daß kein unberechtigter Dritter über die zu seinem Vermögen gehörigen Forderungen verfüge, daß ihm die Forderung nicht entzogen, er durch deren Pfändung und Beschlagnahme in der freien Verfügung über dieselbe nicht beschränkt oder verhindert werde. (R. G. 8. III. 81.) R. C. IV. (32.) 113. 114. A. III. (120.) 425—427.

6. **Der Verkauf der gepfändeten Gegenstände steht der Richtung der Interventionsklage des Eigenthümers gegen den pfändenden Gläubiger nicht entgegen.** Wie bei der gewöhnlichen Vindikation das Besitzen der Sache gegen den Willen des Eigenthümers, die Vorenthaltung der Sache, die rechtsverletzende Thatsache abgibt, durch welche die Person des Beklagten bestimmt wird, so ist in der ebengedachten Beziehung für die Interventionsklage schon der Abpfändungsakt die entscheidende Thatsache, und es ist diese Klage gegen den Gläubiger zu richten, auf dessen Betreibung die Abpfändung erfolgte. Allerdings erwirbt durch die Pfändung der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande und zwar die gleichen Rechte wie bei einem durch Vertrag erworbenen Faustpfandrechte, letzteres jedoch nur anderen Gläubigern und nicht dem Schuldner gegenüber. Der Gerichtsvollzieher hat vielmehr die Sache in Besitz zu nehmen; er kann sie zwar unter Umständen im Gewahrsam des Schuldners lassen, aber von einer Uebergabe der Sache an den Gläubiger zum Pfandbesitz ist nicht die Rede (§§ 709, 712 der C. P. O.). Wie die Klage gegen den Besitzer auf Herausgabe der Sache, so geht sie gegen den Gläubiger nur auf Freigabe aus dem Pfandnexus, und diese Verschiedenheit der Klagbitten behält auch dann Bestand, wenn die Intervention sich zugleich

Digitized by Google

gegen Schuldner und Gläubiger richtet (§ 690 Abs. 2). Der Besitz der Sache kommt also für die Klage gegen den Gläubiger von vornherein gar nicht in Betracht. Uebrigens würde auch ein Besitzverlust, welcher auf eine vom Beklagten nach erhobener Eigenthumsklage veranlaßte Veräußerung zurückgeführt werden müßte, in Gemäßheit des § 236 der C. P. O. nicht vermögen, eine begründet gewesene Klage wieder zu beseitigen. Daraus folgt, daß auch in den Fällen, in welchen der Interventionskläger eine gerichtliche Einstellung der Zwangsvollstreckung (§ 690 Abs. 3) nicht erwirkt hat, der Gläubiger nach erhaltener Interventionsklage einen Verkauf der abgepfändeten Sachen nur auf seine Gefahr geschehen lassen kann; er hat nur aus dem Vermögen seines und nicht aus fremdem Vermögen seine Befriedigung zu suchen; er muß mit der Möglichkeit rechnen, daß die Klage begründet sein könne, und darf sich nicht selbst außer Stand setzen, dem demnächst etwa als begründet anerkannten Anspruch zu genügen. Der Gläubiger würde daher auch dem siegenden Kläger gegenüber nicht bloß den bei der Versteigerung erzielten Erlös herauszugeben, sondern den vollen Sachwerth zu vergüten haben; er muß den Kläger in die Lage versetzen, als wären die gepfändeten Sachen nicht veräußert. Urtheil des O. L. G. zu Rostock vom 22. Juni 1881. Mecklenb. Zeitschr. f. Rechtsfl. ꝛc. Bd. 2 S. 245 u. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 173 S. 245. 246.

7. **Der Miteigenthümer einer gepfändeten Sache ist vermöge seines Miteigenthumes gemäß § 690 berechtigt, durch Erhebung seines Widerspruches gegen die von einem Andern bewirkte Pfändung den beabsichtigten Pfandverkauf zu hindern.** Hat er hiervon keinen Gebrauch gemacht und ist ihm durch den Pfandverkauf (z. B. in Folge der Bestimmung des Art. 307 H. G. B.) sein Miteigenthum verloren gegangen, so ist die Frage, ob ihm jetzt, nach Beendigung des Zwangsvollstreckungsverfahrens, ein Anspruch an den Dritten, den Pfändenden, auf antheilige Erstattung des Kaufpreises zusteht, nach dem jeweils einschlägigen Civilrechte zu entscheiden, da die Civilprozeßordnung hierüber keine Bestimmungen enthält. (R. G. 6. II. 85.) R. C. XIII. (43.) 180.

8. **Die Bestimmung des § 749 Abs. 1 (oder des § 715) kann begrifflich bei einer Interventionsklage im Sinne des § 690 C. P. O. nie in Frage kommen.** Ist der Kläger wirklich ein Dritter, welchem an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht, so kann er nie noch erst der Berufung auf jene Bestimmung des § 749 bedürfen, um mit seiner Klage durchzudringen; ist er es nicht, so ist seine Klage ohne Weiteres hinfällig. Es kann somit **die Ehefrau eines Schuldners, gegen den ein vollstreckbarer Titel vorliegt, soweit ihr Vermögen nach dem maßgebenden bürgerlichen Rechte ohne Weiteres als Vollstreckungsobjekt für die Schulden ihres Ehemannes behandelt werden durfte und behandelt worden ist, auf Grund einer Bestimmung des § 749 (oder des § 715) C. P. O. nicht eine Interventionsklage nach Maßgabe des § 690 daselbst erheben, sondern vielmehr nur einen Antrag nach Maßgabe des § 685 daselbst stellen.** (R. G. 27. V. 86.) R. C. XVI. (84.) 347.

9. Wenn auch die Ansicht nicht gebilligt werden kann, daß die Interventionsklage nach § 690 C. P. O. durch Berufung auf ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Interventionskläger und dem Schuldner, gegen

Digitized by Google

welchen die Zwangsvollstreckung betrieben wird, überhaupt nicht begründet werden könne, vielmehr in den Fällen, in welchen der Schuldner die gepfändeten Sachen nur auf Grund eines obligatorischen Rechtsverhältnisses, z. B. auf Grund eines Depositums, Kommodates ꝛc., besitzt, zur Begründung der Interventionsklage des Dritten nach § 690 C. P. O. der Nachweis des betreffenden obligatorischen Verhältnisses genügt, so ist doch **die Frage, ob auch Derjenige, welcher nur ein Forderungsrecht auf Leistung, bezw. Uebertragung der gepfändeten Sachen des Schuldners erworben hat, nach § 690 der Zwangsvollstreckung widersprechen könne, zu verneinen.** Denn in diesem Falle steht dem Interventionskläger „an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht", wie § 690 voraussetzt, nicht zu, da er ein Recht an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung überhaupt nicht, sondern nur ein dem Mitkontrahenten gegenüber wirksames, persönliches Recht auf Ueberlieferung, Gewährung des fraglichen Vermögensgegenstandes erworben hat, durch welches der Schuldner nicht verhindert ist, die Sache, welche den Gegenstand des Vertrages bildet, zu veräußern. **Es kann also gegen eine Zwangsvollstreckung durch Pfändung von Früchten, welche von dem Boden noch nicht getrennt sind, ein Widerspruch auf einen Vertrag, durch welchen der Eigenthümer der Früchte dieselben dem Kläger verkauft hat, nicht gestützt werden.** An den Früchten, welche als pars fundi eine selbständige Sache nicht bilden, hat der Käufer weder Eigenthum, noch ein sonstiges Recht erworben, sondern nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Verkäufer, ihm die abgeernteten Früchte zu überliefern oder ihm selbst dessen Aberntung zu gestatten. (R. G. 18. III. 87.) R. C. XVIII. (78.) 366. 367. S. hierüber noch bei § 714 eodem.

10. **Bei einer auf die Ausübung des nach Maßgabe der Konk.-O. dem Verwalter Namens der Konkursgläubiger zustehenden Anfechtungsrechts gegründeten Klage tritt der Verwalter der Konkursmasse, der als solcher in sich die Vertretung der Konkursgläubiger und des Gemeinschuldners vereinigt, mit dieser in seiner Eigenschaft als Vertreter der Konkursgläubiger angestellten Klage den Parteien des Vollstreckungsverfahrens, den dasselbe betreibenden Gläubigern und dem Gemeinschuldner als einer dritten Person (§ 690 der R. C. P. O.) gegenüber.** Wenn der Konkursverwalter auf Grund der Anfechtung der Pfändung Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung erhebt und Aufhebung derselben, bezw. des Pfandverkaufs beantragt, so ist klar, daß er hiermit an den Pfandstücken ein die Veräußerung derselben (den Pfandverkauf) hinderndes Recht in Anspruch nimmt. Ob demselben ein derartiges Recht wirklich zusteht, dies ist eine Frage, welche für die Beurtheilung des rechtlichen Charakters der angestellten Klage ohne Belang ist, denn hierfür kann es nur auf den Inhalt des erhobenen Anspruchs ankommen. Demnach ist eine solche Klage als eine im § 690 der R. C. P. O. vorgesehene Klage anzusehen. Für diese ist aber das in Fällen des § 690 der R. C. P. O. zuständige Gericht zuständig. Eine derartige Klage ist aber nicht als eine in den §§ 710 und 765 der R. C. P. O. vorgesehene Klage aufzufassen, denn diese Paragraphen beziehen sich lediglich auf dasjenige Verfahren, welches — innerhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens — eintritt, wenn nach einer rechtsbeständigen Pfändung andere

Digitized by Google

Gläubiger vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse von Pfandstücken in Anspruch nehmen. Obige Klage wird aber gerade über die Frage der Rechtsbeständigkeit der Pfändung erhoben, und es kann ein Zwangsvollstreckungsverfahren neben dem Konkurse nur bestehen vermöge eines auf § 41 Nr. 9 der R. Konk. O. sich gründenden Absonderungsrechts, welches Recht gerade hier bestritten wird. (R. G. 8. III. 81.) A. III. (121.) 427—431.

11. **Der Konkursverwalter, welcher eine vor Eröffnung des Konkurses gegen den Gemeinschuldner vollstreckte Pfändung auf Grund des § 23 K. O. ansicht, kann bei dem Gerichte klagen, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung erfolgt ist, wenn die Klage vor dem Verkaufe der gepfändeten Sachen erhoben wird.** (R. G. 9. V. 87.) R. C. XVIII. (88.) 393—395.

12. Gegenstand der Exekution ist lediglich das Vermögen des Schuldners. Sachen, die der Schuldner kraft Miethkontrakts, also alieno nomine, detinirt, gehören aber nicht zu seinem Vermögen. Das der Pflicht des Miethers korrespondirende Recht des Vermiethers, ihre Herausgabe zu verlangen, stellt sich mithin als ein deren Veräußerung seitens des detinirten Miethers hinderndes Recht des Vermiethers an der vermietheten Sache dar. **Der Kläger erscheint deßhalb um dieses seines obligatorischen Anspruchs auf Herausgabe der zur Exekution gezogenen Miethsachen willen zur Klage auch aus § 690 der C. P. O. legitimirt,** — eine Auffassung des § 690, mit welcher die meisten der Kommentatoren der C. P. O. übereinstimmen (vgl. Gaupp, Komm. § 690). Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 5. Oktober 1882. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 272 S. 371.

13. Der Ausdruck **„Veräußerung"** deutet zwar im gewöhnlichen Sprachgebrauche auf eine Verwerthung des Exekutionsgegenstandes durch Verkauf hin. Er umfaßt aber im weiteren Sinne auch jeden anderen Exekutionsmodus, durch welchen das Recht der Verwerthung einer Sache oder eines Rechtes aus dem Vermögen des Schuldners entäußert und einem Anderen übertragen wird. Es ist auch kein zutreffender Grund denkbar, welcher den Gesetzgeber veranlaßt haben könnte, den im § 690 angeordneten besonderen Gerichtsstand bei dem Vollstreckungsgericht für den einen Theil von Exekutionsinterventionen zu bestimmen, bei dem anderen Theil es aber bei dem ordentlichen Gerichtsstande zu belassen, zumal der Grund der Ausnahmebestimmung mit den Motiven zur R. C. P. O. (S. 413 zu § 639 des Entwurfes) lediglich in dem Zusammenhange mit der Zwangsvollstreckung zu suchen ist, ein Grund, der nicht minder, wie sonst, zutrifft, wenn eine Geldforderung Gegenstand derselben ist. **Der § 690 der R. C. P. O. greift sonach auch dann Platz, wenn der Interventionsanspruch eine gepfändete Geldforderung betrifft.** (R. G. 30. V. 83.) A. VIII. (66.) 268.

14. Die nach dem § 690 der C. P. O. dem Dritten, welcher behauptet, daß ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehe, zur Geltendmachung seines Widerspruchs gegen die Zwangsvollstreckung zustehende Klage **setzt voraus, daß die Zwangsvollstreckung bereits begonnen, der fragliche Gegenstand bereits von der Zwangsvollstreckung ergriffen sei.** (Seuffert, Komm. zur C. P. O. 2. Aufl. § 690 und Endemann, Civilprozeß Bd. 3 S. 175.) Der

Digitized by Google

Akt, mit welchem die Zwangsvollstreckung beginnt, ist bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in bewegliche körperliche Sachen und in Ansprüche auf die Herausgabe solcher Sachen die Pfändung nach den §§ 712 und 730 Abs. 3, oder im Fall der vorläufigen Beschlagnahme nach § 744 die in Gemäßheit dieses Paragraphen erfolgte Benachrichtigung des Drittschuldners (Seuffert a. a. O. § 693). **Demgemäß hat der Eigenthümer ungültig gepfändeter Sachen keine Widerspruchsklage aus § 690 der R. C. P. O. gegen die Pfändung.** Urtheil des O. L. G. zu Schwerin vom 1. Juni 1881. Mecklenb. Zeitschr. Bd. 5 S. 10 ff. u. S. A. XLI. bezw. XI. (155.) 234 ff.

15. **Gegen die Pfändung einer Forderung kann die Widerspruchsklage aus § 690 C. P. O. erhoben werden** (bestritten von Wilmowsky und Levy, 1. Aufl. Nr. 2 lit. c zu § 690. S. hierüber Entsch. des R. G.'s in Civilsachen Bd. 4 Nr. 32 S. 111), und tritt daher zufolge § 690 für diese Klage der nach § 707 C. P. O. ausschließliche Gerichtsstand bei dem Gerichte ein, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung erfolgt. Es ist sonach **für eine solche Klage das Gericht zuständig, in dessen Bezirke der Pfändungsbeschluß erlassen worden ist,** (nicht aber jenes, in dessen Bezirke dem Drittschuldner der Forderungspfändungsbeschluß zugestellt worden ist). Die Motive zum Regierungsentwurfe haben wiederholt ausgeführt, daß und aus welchen Gründen die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte in Abweichung von der Regel des § 674 C. P. O. und von anderen Gesetzgebungen nicht auch dem Gerichtsvollzieher anzuvertrauen, sondern auf die Gerichte zu übertragen sei. (Vgl. Motive Einl. zu Buch 8 S. 389 und zu § 677, jetzt § 729 S. 432.) An letzterer Stelle ist gesagt: „Es empfiehlt sich daher, die ganze Zwangsvollstreckung in nicht körperliche Gegenstände des beweglichen Vermögens auf die Gerichte zu übertragen." Schon im Vergleiche hiermit ist ausgeschlossen, daß das Gesetz durch § 730 den eigentlichen Vollzug der Forderungspfändung in einen Akt des Gerichtsvollziehers legen soll, der im Auftrage des Gläubigers handelt. Der § 729 a. a. O. bringt auch die Absicht des Gesetzes zum klaren Ausdrucke, indem die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte dem Amtsgerichte als Vollstreckungsgerichte im Sinne des § 684 a. a. O. übertragen wird. Daraus folgt mit Nothwendigkeit, daß die Zwangsvollstreckung in der Erlassung des Pfändungsbeschlusses liegt, die allein zu den Schwierigkeiten Anlaß gibt, wegen deren die im Vergleiche mit § 674 eine Ausnahmevorschrift enthaltende Bestimmung des § 729 Abs. 1 erlassen worden ist. Bei der Forderungspfändung ist also das Vollstreckungsgericht des § 729 auch das Gericht, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung erfolgt; denn die dort stattgehabte Erlassung des Pfändungsbeschlusses ist eben die Vollstreckung selbst. Daran ändert § 730 Abs. 3 nichts, welcher nur den Zweck hat, die Frage zu regeln, mit welchem Momente — ob mit der Zustellung des Gebotes an den Hauptschuldner, oder mit jener des Verbotes an den Drittschuldner — das Recht des Gläubigers, insbesondere das Pfändungspfandrecht, seinen Anfang nimmt. (R. G. 17. X. 84.) R. C. XII. (111.) 379—382.

16. **Anlegung eines Sicherheitsarrestes ist Grundlage einer Zwangsvollstreckung und damit einer Widerspruchsklage.** Da der Sicher-

Digitized by Google

heitsarrest auf eine Forderung gleich dem Vollstreckungsarreste zur Einweisung des Arrestklägers in die arrestirte Forderung führen kann, so wird eben durch die Anlegung des Sicherheitsarrestes ebenso wie durch Anlegung des Vollstreckungsarrestes eine Zwangsvollstreckung anhängig gemacht (Art. 230 Ziff. 2 des bayerischen Ausführungsgesetzes zur Reichs-Civilprozeßordnung und Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1878/79 Beil. Bd. V S. 280 ff.), und es muß daher eine Widerspruchsklage gegen eine Zwangsvollstreckung in eine Forderung zulässig erachtet werden, gleichviel ob sie gegen einen Sicherheits- oder Vollstreckungsarrest gerichtet ist. (B. O. L. 4. III. 82.) S. IX. (168.) 522. (S. auch Bd. VII S. 536 dieser Sammlung.)

17. **Drittbesitzern steht gegen die Beschlagnahme ihres unbeweglichen Eigenthums lediglich sofortige Beschwerde, nicht aber eine Widerspruchsklage nach § 690 der R. C. P. O. zu.** (Motive zu Art. 34 und 35; S. 84 und 85 a. a. O.) **Die noch im Hypothekenbuche eingetragenen Vorbesitzer sind zu ersterer gar nicht und zu letzterer nur dann befugt, wenn der nach Ausweis der vom Gläubiger vorgelegten Urkunde angezeigte Eigenthumsübergang der betreffenden Grundstücke auf die Drittbesitzer gleichwohl nicht stattgefunden hat.** (Motive a. a. O. S. 84. — Bericht Beil. Bd. V S. 491, Verhandlungen des Gesetzgebungs-Ausschusses Beil. Bd. VI S. 160.) — (B. O. L. 18. VI. 83.) S. X. (50.) 129. 130.

18. **Den Besitzern von Theilschuldverschreibungen österr. Eisenbahnen steht kein Anfechtungsrecht gegen Arreste und Pfändungen zu, die in Deutschland in das rollende Eisenbahnmaterial der betr. Bahn vollstreckt worden.** (R. G. 14. III. 83.) A. VII. (154.) 488—491.

19. **Demjenigen Gerichte, welches zur Entscheidung darüber zuständig ist, ob einem Dritten an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht, muß auch die Beurtheilung und Entscheidung über die Voraussetzungen dieses Rechtes, also gegebenen Falles darüber zustehen, ob eine Pfändung rechtswirksam vorgenommen worden ist oder nicht.** (B. O. L. 27. V. 82.) S. IX. (207.) 620. 621.

20. Der § 690 C. P. O. verordnet einmal, daß der Widerspruch eines Dritten gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage geltend zu machen ist, sodann aber, daß bezüglich der Einstellung der Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der §§ 688. 689 C. P. O. zu verfahren ist. Darnach kann das Prozeßgericht, bei welchem im Wege der Klage Einwendungen des Schuldners oder der Widerspruch eines Dritten gegen die Zwangsvollstreckung erhoben sind, „auf Antrag" anordnen, daß die letztere einstweilen eingestellt wird, jedoch unter Beachtung der prozessualen Voraussetzung: „die thatsächlichen Behauptungen, welche den Antrag begründen, sind glaubhaft zu machen" (§ 688 Abs. 1 C. P. O.). **Die bloße Anbringung einer Interventionsklage oder eines unbescheinigten Antrages berechtigt den Richter nicht, der Zwangsvollstreckung Einhalt zu gebieten.** (R. G. 30. XII. 81.) R. St. V. (111.) 322. R. A. III. (407.) 844.

21. **Durch die Hinterlegung wird das Vertheilungs- (Hinterlegungs-) gericht zum Vollstreckungsgericht** (§§ 690, 684 der R. C. P. O.). (R. G. 30. V. 83.) A. VIII. (66.) 268—271.

Digitized by Google

22. Es erfüllt nicht den **Thatbestand des Betruges**, wenn mit einer den Widerspruch eines Dritten gegen eine Zwangsvollstreckung begründenden Interventionsklage der Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne jede besondere Glaubhaftmachung der Klagethatsachen verbunden wird, und der Prozeßrichter darauf hin die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung verfügt. Entsch. des R. G. v. 30/12. 81. (Entsch. in Straff. V. S. 321.)

12. Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung.

§ 691.

§ 691.

Die Zwangsvollstreckung ist einzustellen oder zu beschränken:

1. wenn die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung vorgelegt wird, aus welcher sich ergibt, daß das zu vollstreckende Urtheil oder dessen vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben, oder daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet ist;
2. wenn die Ausfertigung einer gerichtlichen Entscheidung vorgelegt wird, aus welcher sich ergibt, daß die einstweilige Einstellung der Vollstreckung oder einer Vollstreckungsmaßregel angeordnet ist;
3. wenn eine öffentliche Urkunde vorgelegt wird, aus welcher sich ergibt, daß die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt ist;
4. wenn eine öffentliche Urkunde oder eine von dem Gläubiger ausgestellte Privaturkunde vorgelegt wird, aus welcher sich ergibt, daß der Gläubiger nach Erlassung des zu vollstreckenden Urtheils befriedigt ist oder Stundung bewilligt hat;
5. wenn ein Postschein vorgelegt wird, aus welchem sich ergibt, daß nach Erlassung des Urtheils die zur Befriedigung des Gläubigers erforderliche Summe zur Auszahlung an den letzteren bei der Post eingezahlt ist.

Durch den Konkurs des Schuldners wird die Einstellung der Zwangsvollstreckung für einzelne Gläubiger erwirkt. § 218. Konk.-O. §§ 11, 98, 102, 103, 108.

§ 692.

§ 692.

In den Fällen des § 691 Nr. 1, 3 sind zugleich die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln aufzuheben. In den Fällen der Nr. 4, 5 bleiben diese Maßregeln einstweilen bestehen; dasselbe gilt in den Fällen der Nr. 2, sofern nicht durch die betreffende Entscheidung auch die Aufhebung der bisherigen Vollstreckungshandlungen angeordnet ist.

13. Einwirkung des Todes des Schuldners auf die Zwangsvollstreckung.

§ 693.

§ 693.

Eine Zwangsvollstreckung, welche zur Zeit des Todes des Schuldners gegen diesen bereits begonnen hatte, wird in den Nachlaß desselben fortgesetzt.

Ist bei einer Vollstreckungshandlung die Zuziehung des Schuldners nöthig, so hat bei ruhender Erbschaft oder wenn der Erbe oder dessen Aufenthalt unbekannt ist, das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers dem Nachlasse oder dem Erben einen einstweiligen besonderen Vertreter zu bestellen.

Ger. K. G. § 47 Nr. 9 R. A. G. O. § 23 Nr. 1.

§ 694.

§ 694.

Ist der Schuldner vor Beginn der Zwangsvollstreckung gestorben, so hat bei ruhender Erbschaft oder wenn der Erbe oder dessen Aufenthalt unbekannt ist, das nach den Landesgesetzen zuständige Nachlaßgericht auf Antrag des Gläubigers dem Nachlasse oder dem Erben einen Kurator zu bestellen.

§ 220. Konk. O. § 205.

Digitized by Google

§ 695. **§ 695.**

Der als Erbe des Schuldners verurtheilte Beklagte kann die Rechtswohlthat des Inventars nur geltend machen, wenn ihm dieselbe im Urtheile vorbehalten ist.

§ 696. **§ 696.**

Bei der Zwangsvollstreckung gegen einen Schuldner, welcher als Benefizialerbe oder als Erbe unter Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars verurtheilt ist, oder gegen welchen als Erben des verurtheilten Schuldners die Zwangsvollstreckung begonnen hat, bleibt die Rechtswohlthat unberücksichtigt, bis auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung von dem Erben Einwendungen erhoben werden.

Inwieweit der Benefizialerbe berechtigt ist, auf Grund der Rechtswohlthat die Aussetzung, Aufhebung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung zu verlangen, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

Die Erledigung der Einwendungen erfolgt nach den Bestimmungen der §§ 686, 688, 689.

Ger. K. G. § 35 Nr. 2. G. A. G. O. § 23 Nr. 1, § 29 Nr. 4, § 30 Nr. 2.

1. **Der § 696 Abs. 1 u. 2 schließt die Befugniß aus, ein Recht, welches nicht schon ohne die Zwangsvollstreckung und außerhalb derselben durch das materielle Recht begründet wird und besteht, in dem Zwangsvollstreckungsverfahren geltend zu machen.** (R. G. 15. II. 83.) R. C. VIII. (68.) 277. A. VII. (119.) 384.

2. **Die Erklärung vor dem Nachlaßrichter, die Erbschaft nur unter der Rechtswohlthat des Inventars antreten zu wollen, und die Legung eines Nachlaßinventars in den gesetzlichen Formen und Fristen, auf dessen Grund der Nachlaß unter gerichtlicher Mitwirkung regulirt ist, ist ausreichend, um die Rechte der Benefizial-Erben zu erhalten, welche darin bestehen, daß die völlige Verschmelzung der Erbschaft mit dem eigenen Vermögen der Erben nicht eintritt, daß die Erben in Folge dessen nicht unbeschränkt mit ihrem gesammten Vermögen, sondern nur mit der Erbschaft für die Erbschaftsschulden haften, und daß die Erbschaftsgläubiger zum Zwecke ihrer Befriedigung zunächst nur die zur Erbschaft gehörenden Vermögensstücke angreifen dürfen.** Die erfolgreiche Geltendmachung der Rechte eines Benefizial-Erben ist keineswegs dadurch bedingt, daß die Erben unter Ueberreichung eines Nachlaß-Inventars zu den Prozeßakten oder durch ziffermäßiges Anführen des Aktiv- und Passiv-Bestandes der Erbmasse darlegen, daß die Erbschaft unzureichend sei, wie viel die Erbschaft betrage, bis zu welchem Betrage dieselbe zur Befriedigung des klagenden Erbschaftsgläubigers ausreiche, und welcher Bruchtheil der Erbschaftsschulden durch vorhandenes Erbvermögen nicht gedeckt werde, oder daß die beklagten Erben gar keine Nachlaßmasse mehr in ihrem Besitze haben. Die Rechtswohlthat des Inventars soll die Erben, welche im Zweifel darüber sind, ob und inwieweit die Erbschaft zur Tilgung der darauf lastenden Schulden hinreichen werde, gegen jede ihnen durch die sich möglicherweise ergebende Insuffizienz des Nachlasses drohende Gefahr der Schmälerung ihres eigenen Vermögens sichern. Die Erben, welche auf Grund desjenigen, was ihnen über die Aktiva und Passiva bekannt ist, annehmen zu dürfen glauben, daß die Erbschaft suffizient sei, daß die Aktiva die Passiva übersteigen, können von der angegebenen Gefahr immerhin deßhalb bedroht sein, weil sich entweder die Aktiva des Nachlasses durch irgend welche Zufälle als geringer, oder die Passiva des Nachlasses durch nachträgliches Auftauchen bisher unbekannter Ansprüche an die Erbschaft als größer, als die Erben

Digitized by Google

annahmen, ergeben können. Gegen solche Gefahren, welche mit der unbedingten Annahme der Erbschaft verbunden sind, soll eben die Rechtswohlthalt des Inventars den Erben Schutz gewähren. **Die Erben brauchen, wenn sie wegen einer Erbschaftsschuld belangt werden, zunächst nur darzulegen, daß sie durch Legung des Inventars die gesetzliche Bedingung der Erlangung der Rechtswohlthat erfüllt haben; dies genügt, um ihnen die Rechte des Benefizial-Erben zuzusprechen, beziehungsweise vorzubehalten und die Exekution in das eigene Vermögen der Erben abzuwenden.** Ob und inwieweit die Erbschaft, in welche zunächst nur die Hilfsvollstreckung erfolgen darf, zur Befriedigung des Gläubigers zureicht, das findet sich in der Exekutions-Instanz. Es mag zugegeben werden, daß die Hilfsvollstreckung in das eigene Vermögen der Benefizial-Erben dann zulässig werden kann, wenn der Benefizial-Erbe sich durch Dispositionen über den Aktivnachlaß den Erbschaftsgläubigern persönlich verantwortlich gemacht hat. (R. G. 16. XII. 79.) R. C. I. (41.) 98. 99.

3. **Der § 696 nimmt von dem auf das persönliche Vermögen des Benefizialerben gerichteten Vollstreckungstitel Umgang, und läßt schon in Folge der Verurtheilung des Benefizialerben als solchen die Zwangsvollstreckung unterschiedslos in das Vermögen desselben wie bei einem Erben ohne Vorbehalt, also auch in das persönliche Vermögen eintreten.** Eine Verurtheilung eines Benefizialerben zur Zahlung aus dem Nachlasse hat eben nur die Bedeutung einer Verurtheilung in dieser seiner Eigenschaft; sie drückt die praktische Folge seiner Verurtheilung als Benefizialerbe aus, und läßt erkennen, daß die Verurtheilung unter dieser Maßgabe ausgesprochen ist. Ist eine solche in dem entscheidenden Theile des Urtheiles enthalten, so kommt es nicht darauf an, daß der Verurtheilte nicht ausdrücklich als Benefizialerbe bezeichnet ist. (R. G. 15. II. 83.) R. C. VIII. (68.) 273. 274. A. VII. (119.) 383. 384.

4. **Nach dem § 696 ist es dem Benefizialerben unverschränkt, auf Grund der Rechtswohlthat Einwendungen zu erheben und die Aussetzung, Aufhebung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung zu verlangen, und die Zulässigkeit dieses Verlangens ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu beurtheilen. Als Einwendung, welche solches Verlangen rechtfertigt, ist nicht die allgemeine Berufung auf die Benefizialerbenqualität zu betrachten, da verordnet ist, daß die Zwangsvollstreckung ohne Rücksicht auf die Rechtswohlthat erfolgt.** Vielmehr sind die gemäß § 696 zu erhebenden Einwendungen solche, welche thatsächlich näher zu substanziiren sind. (R. G. 15. II. 83.) R. C. VIII. (68.) 274. A. VII. (119.) 384.

5. **Der Benefizialerbe hat in erster Reihe nur mit dem Nachlasse einzustehen und haftet nicht bis zum Betrage des Nachlasses.** (Dernburg, Preuß. Privatr. Bd. III §§ 223—225.) Es entspricht dies der in dem Urtheile vom 5. Dezember 1871 zu klarem Ausdrucke gelangten Rechtsprechung des vormaligen höchsten preußischen Gerichtshofes (Entsch. Bd. 66 S. 70) und ist in dem Wortlaute der landrechtlichen Bestimmungen der §§ 422 ff. I. 9 preuß. Landr. ebenso begründet, wie in der von Bornemann (System Bd. 6 S. 301 ff.) mitgetheilten Entstehungsgeschichte derselben. Der in den Motiven zur Reichs-Civilprozeßordnung (Hahn, Materialien Bd. 1 S. 444, 2. Aufl.) beiläufig aufgestellten Meinung, daß der Erbe von vornherein nicht bloß mit dem Nachlasse,

Digitized by Google

sondern auf Höhe desselben verhaftet sei, ist daher, wenn auch diese Ansicht nach gemeinem Rechte begründet sein möchte, in einer nach preußischem Rechte zu entscheidenden Rechtssache keine Folge zu geben. Das Reichsgericht hat auch bereits in dem Bd. 5 Nr. 52 S. 188 ff. der Entscheidungen abgedruckten Erkenntnisse angenommen, daß der Vorbehaltserbe — dem Legatar gegenüber, welchem in der fraglichen Beziehung der Erbschaftsgläubiger gleichsteht — seine Haftung nicht durch den Nachweis, daß der Nachlaß nach dem Taxwerthe der Erbschaftssachen zur Befriedigung der Nachlaßschulden unzureichend sei, abwenden kann. Und so **wie es ein Recht der Erbschaftsgläubiger ist, Nachlaßsachen als Gegenstände der Zwangsvollstreckung anzusprechen, ohne daß er sich von dem Vorbehaltserben auf den Werth der Nachlaßsachen als Gegenstand der Befriedigung verweisen zu lassen braucht, ebenso ist es ein Recht des Vorbehaltserben, den Befriedigung suchenden Erbschaftsgläubiger auf die Nachlaßsachen zu verweisen. Diese Befugniß hat der Vorbehaltserbe nach § 696 C. P. O. im Wege der Einwendung gegen die von dem Erbschaftsgläubiger betriebene Zwangsvollstreckung geltend zu machen.** Für die Geltendmachung der Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung, welche den durch das Urtheil festgestellten Anspruch betreffen, ist im § 686 C. P. O. der Weg der Klage vorgeschrieben. Und zu diesen durch Klage geltend zu machenden Einwendungen gehört die im § 696 a. a. O. erwähnte Einwendung des Schuldners, daß er nur als Vorbehaltserbe hafte. (R. C. VIII. (68.) 271. 275.) (R. G. 25. I. 83.) R. C. VIII. (67.) 269. 270.

6. **Dem Erben steht das behufs der Geltendmachung von Einwendungen auf Grund der Rechtswohlthat des Inventars gegebene Klagerecht des § 686 C. P. O. nicht mehr zu, wenn der Erbe sich die Zwangsvollstreckung hat gefallen lassen, ohne Einwendungen dagegen vorzubringen, und der Gläubiger befriedigt ist.** (R. G. 25. I. 83.) R. C. VIII. (67.) 270.

7. **Einwendungen gegen einen Urtheilsvollzug aus dem Gesichtspunkte des § 774 der R. C. P. O. seitens eines Benefizialerben des Schuldners sind im Wege gesonderter Klagestellung geltend zu machen.** Im Absatz 3 des § 696 C. P. O. ist für solchen Fall verordnet, daß die Erledigung der von dem Erben vorgebrachten Einwendungen nach den Bestimmungen der §§ 686, 688, 689 zu erfolgen hat, mithin gemäß § 686 Abs. 1 gleich den Einwendungen, welche den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst betreffen, im Wege der Klage bei dem Prozeßgerichte erster Instanz. (Wilmowsky und Levy, Kommentar zu § 686 der Reichs-Civilprozeßordnung, Endemann, Kommentar zu § 686 daselbst, Sarwey, Kommentar zu § 686 und 696 daselbst.) — (B. O. L. 7. XII. 82.) S. IX. (258.) 769.

14. Kosten der Zwangsvollstreckung und deren Beitreibung.

§ 697. **§ 697.**

Die Kosten der Zwangsvollstreckung fallen, soweit sie nothwendig waren (§ 87), dem Schuldner zur Last; sie sind zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruche beizutreiben.

Die Kosten der Zwangsvollstreckung sind dem Schuldner zu erstatten, wenn das Urtheil, aus welchem dieselbe erfolgt ist, aufgehoben wird.

Ger. K. G. § 92.

Digitized by Google

1. **Die Bestimmungen des allgemeinen Theils der C. P. O. (Buch 1 Abschn. 2 Tit. 5) über die Prozeßkosten überhaupt können auch auf Kosten im Zwangsvollstreckungsverfahren Anwendung finden.** Vor Allem steht nicht entgegen das System der C. P. O. Denn die Zwangsvollstreckung bildet zunächst äußerlich einen Abschnitt (Buch 8) derselben, dessen Bestimmungen sich auf das gerichtliche Zwangsvollstreckungsverfahren beschränken, und sachlich leidet der Begriff der „Civilprozeßsachen" auch Anwendung auf die Geltendmachung civilrechtlicher Ansprüche im Wege der gerichtlichen Zwangsvollstreckung. Es bedarf daher kaum einer Hinweisung auf die vielfachen Bestimmungen im 8. Buch, nach welchen im Zwangsvollstreckungsverfahren der Prozeßrichter anzugehen ist. Der Umstand, daß auch aus anderen Titeln als richterlichen Urtheilen Zwangsvollstreckung stattfinden kann, beweist hiernach nicht für das Gegentheil. Die C. P. O. enthält ferner keine Bestimmungen, durch welche die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über Prozeßkosten für das Zwangsvollstreckungsverfahren ausgeschlossen wäre. Ebensowenig aber enthält das 8. Buch erschöpfende Normen über die in einem Zwangsvollstreckungsverfahren möglicher Weise entstehenden Kosten. Der § 697 regelt bloß die Kosten einer wirklich stattfindenden Zwangsvollstreckung und trifft Vorsorge dahin, daß wegen Beitreibung dieser den Schuldner treffenden Kosten nicht nothwendig wieder ein vollstreckbarer Titel erholt werden müsse; die Frage des Kostenersatzes wird bloß für den Fall des Abs. 2 daselbst vorgesehen. Normen hinsichtlich der bei Streitigkeiten innerhalb des Vollstreckungsverfahrens sich ergebenden Kosten, insbesondere auch bezüglich der Kosten bei Beschwerden, enthält das 8. Buch nicht; offenbar um deßwillen, weil der Gesetzgeber, soweit im 8. Buch nicht besondere Bestimmungen getroffen sind, die allgemeinen Vorschriften der §§ 87—100 als anwendbar vorausgesetzt. Daß der Gesetzgeber im § 697 erschöpfende Bestimmungen im obigen Sinn nicht geben wollte, erhellt, abgesehen vom Wortlaut des Paragraphen, auch aus den Motiven zum 5. Tit. des 2. Abschn. des 1. Buches S. 111, woselbst es heißt: „Außer den §§ 87—97 sind noch besondere Vorschriften hinsichtlich der Kostenpflicht enthalten in den §§ 2c." (folgen solche aus Buch 2—8) „und in den §§ 697, 708 und 719 für die Zwangsvollstreckung." Hiernach sind die allgemeinen Bestimmungen bloß insoweit unanwendbar, als die besonderen Vorschriften Vorsorge treffen. Daß der § 760 Abs. 2 der C. P. O. nicht für die gegentheilige Ansicht zu verwerthen, bedarf keiner Erwähnung. Hieraus folgt auch, **daß sich die Unanfechtbarkeit bloßer Prozeßkostenentscheidungen auch auf das Vollstreckungsverfahren erstreckt.** Ein innerer Grund, aus welchem die Kosten in der Zwangsvollstreckung günstiger behandelt werden sollten, als die Kosten eines vorausgehenden Rechtsstreits, wäre unerfindlich. Eine besondere, dem § 94 präjudizirende Vorschrift enthält das 8. Buch nicht. Der § 701 soll lediglich die Vorschriften des § 530 theils erweitern, theils beschränken, trifft aber nicht den § 94 und ist in den Motiven S. 111 auch nicht allegirt. Wie nun aber trotz der Vorschrift des § 530 eine Beschwerde, welche allein den Kostenpunkt betrifft, nicht als statthaft erscheint, so kann auch aus der Fassung des § 701 nichts Gegentheiliges gefolgert werden. Beschluß des Reichsgerichts vom 8. Juli 1886. Seuffert, Bl.

Digitized by Google

f. Rechtsanw. 51. Jahrg. Nr. 25 S. 398 ff. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 153 S. 216. 217.

2. Zweifellos wollte durch den 6. Abschnitt des G. K. G. die Pflicht zur Kostenzahlung nur im Verhältnisse zur Staatskasse geordnet werden. Zu diesem Zweck bezeichnet der § 86 als Schuldner der entstandenen Gebühren Diejenigen, welchen die Kosten des Verfahrens durch gerichtliche Entscheidung auferlegt sind oder welche dieselben freiwillig übernommen haben; in Ermangelung derartiger Schuldner nennt aber der § 89 denjenigen als **Schuldner, welcher das Verfahren der Instanz beantragt hat. Antragsteller in der Exekutionsinstanz ist Derjenige, welcher die Zwangsvollstreckung betreibt; er ist also nach § 89 der Staatskasse gegenüber** — von dem Fall freiwilliger Kostenübernahme abgesehen — **immer Schuldner der Gerichtsgebühren,** weil auch, wenn er die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils begehrt, der in § 86 in erster Linie genannte Gebührenschuldner nicht vorhanden ist, da die in dem Urtheil enthaltene Entscheidung über den Kostenpukt sich keinenfalls auf die erst im Zwangsvollstreckungsverfahren erwachsenden Kosten beziehen kann. Der § 92 des G. K. G. hindert diese Auslegung der §§ 86 und 89 nicht. Indem er auch den von den Kosten des Exekutionsverfahrens handelnden § 697 der C. P. O. zitirt, will er nur aussprechen, daß dessen das Verhältniß der Parteien unter sich betreffende Vorschrift unberührt bleiben solle, nicht aber hat der fragliche Paragraph auch des Weiteren ausgesprochen, daß die Regel des § 89, wonach der Antragsteller für die in der Instanz erwachsenen Gebühren der Staatskasse verpflichtet ist, in Beziehung auf das Zwangsvollstreckungsverfahren eine Aenderung erleiden solle. Beschluß des Reichsgerichts vom 14. November 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 170 S. 222. 223.

3. Es ist allerdings nicht zu bestreiten, daß die C. P. O. eine Frist zwischen der Zustellung eines Vollstreckungstitels und der Vollstreckung selbst nicht anordnet, daß daher eine sofort nach Zustellung eines solchen Titels eingeleitete und durchgeführte Zwangsvollstreckung nicht als eine ungerechtfertigte, gesetzwidrige bezeichnet werden kann. **Eine andere Frage ist indessen, ob der Schuldner auch unter allen Umständen zur Tragung der Kosten einer solchen Exekution verpflichtet erscheint. Diese Frage ist angesichts des für das gesammte Kostenwesen maßgebenden § 87 der C. P. O. zu verneinen,** da hier die Verpflichtung zur Tragung der Prozeßkosten allgemein davon abhängig gemacht wird, daß dieselben nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Vertheidigung nothwendig gewesen sind. So können z. B. die durch eine voreilige Zwangsvollstreckung entstandenen Kosten nicht als zur Rechtsverfolgung nothwendige bezeichnet werden. Beschluß des O. L. G. zu Darmstadt vom 27. September 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 151 S. 214. 215.

4. **Ausnahmsweise Festsetzung der Kosten der Zwangsvollstreckung.** Nach § 697 der C. P. O. sind allerdings die Kosten der Zwangsvollstreckung ohne besondere Festsetzung zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruch beizutreiben. Allein hierbei wird vorausgesetzt, daß die Beiziehung im einzelnen Fall wirklich erfolgt und erfolgen kann; denn nur unter dieser Voraussetzung erscheint das jener Vorschrift zu

Digitized by Google

Grunde liegende Motiv, die Sache durch alsbaldige Mitbeiziehung der Kosten der Zwangsvollstreckung auf kürzestem Wege zu erledigen und nicht durch nachträgliche Festsetzung dieser Kosten eine endlose Reihe weiterer Festsetzungen und Zwangsvollstreckungen zu veranlassen, passend und zutreffend. Anders ist es aber, wenn die Kosten durch eine erfolglos gebliebene Zwangsvollstreckung erwachsen. In einem solchen Falle ist, da die obige Voraussetzung für die Anwendung des § 697 nicht vorliegt, die Festsetzung der fraglichen Kosten keineswegs ausgeschlossen, vielmehr geradezu nothwendig, um dem betreibenden Theile deren spätere zwangsweise Beiziehung zu ermöglichen, da nur die Kosten der jeweiligen im Gange befindlichen Zwangsvollstreckung, nicht diejenigen einer früher erfolglos versuchten, ohne besondere Festsetzung mit dem Hauptanspruch beigetrieben werden können, derartige frühere Kosten vielmehr sich als ein Zuwachs zum Hauptanspruch darstellen und sich in Bezug auf die Nothwendigkeit der Festsetzung von den gewöhnlichen Prozeßkosten nicht unterscheiden. Beschluß des O. L. G. zu Jena vom 3. Dezember 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 273 S. 371 f.

5. **Kosten von weiteren vollstreckbaren Ausfertigungen.** Die Kosten der Zwangsvollstreckung fallen dem Schuldner nur unter der im § 87 der C. P. O. aufgestellten Voraussetzung ihrer Nothwendigkeit zur Last (§ 697), was selbstverständlich auch von solchen Fortsetzungen einer Zwangsvollstreckung gilt, welche durch erneute Säumniß des Schuldners in Erfüllung seiner Zahlungsverbindlichkeiten veranlaßt werden. Beschluß des O. L. G. zu Braunschweig vom 21. Januar 1885, vom Reichsgericht am 14. Februar 1885. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 326 S. 465.

6. **Dem Schuldner sind nach § 697 die Kosten der Zwangsvollstreckung dann zu erstatten, wenn das Urtheil, aus welchem dieselbe erfolgte, aufgehoben wird. Die Civilprozeßordnung entscheidet aber nicht die Frage, ob auch der durch eine ungerechtfertigte Pfändung entstehende Nachtheil zu ersetzen sei, sondern überläßt dies dem Landesrechte.** (Vgl. Motive S. 112 und Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 7 S. 377.) — (R. G. 17. III. 85.) R. C. XIII. (72.) 301.

15. Requisition von Behörden zum Zwecke der Zwangsvollstreckung.

§ 698.

§ 698.

Wird zum Zwecke der Vollstreckung das Einschreiten einer Behörde erforderlich, so hat das Gericht die Behörde um ihr Einschreiten zu ersuchen.

§§ 700, 793, § 678 Abs. 3.

§ 699.

§ 699.

Soll die Zwangsvollstreckung gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Person des Soldatenstandes in Kasernen und anderen militärischen Dienstgebäuden oder auf Kriegsfahrzeugen erfolgen, so hat auf Antrag des Gläubigers das Vollstreckungsgericht die zuständige Militärbehörde um die Zwangsvollstreckung zu ersuchen.

Die gepfändeten Gegenstände sind einem von dem Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher zu übergeben.

§ 673.

Digitized by Google

§ 700. **§ 700.**

Soll die Zwangsvollstreckung in einem ausländischen Staate erfolgen, dessen Behörden im Wege der Rechtshülfe die Urtheile deutscher Gerichte vollstrecken, so hat auf Antrag des Gläubigers das Prozeßgericht erster Instanz die zuständige Behörde des Auslandes um die Zwangsvollstreckung zu ersuchen.

Kann die Vollstreckung durch einen Reichskonsul erfolgen, so ist das Ersuchen an diesen zu richten.

§§ 328, 403.

Derselbe findet bei Arrestpfändungen keine Anwendung. S. hierüber bei § 810 ad S. A. XLI. bezw. XI. (158.) 240 ff.

16. Beschwerde gegen Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren.

§ 701. **§ 701.**

Gegen Entscheidungen, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können, findet sofortige Beschwerde statt.

§§ 647, 657, 666, 669, 684, 685, 688, 690 Abs. 3, 696, Abs. 3, 743, 773—776.

1. **Gegen alle Entscheidungen, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden können, ist die Beschwerde** (und nicht die Berufung) **ausnahmslos das allein zulässige Rechtsmittel.** (§§ 701, 774, 776 der R. C. P. O.) **Es ist unzulässig, in der Revisionsinstanz den Antrag zu stellen, die Berufung als sofortige Beschwerde zu behandeln.** (R. G. 23. V. 82.) A. VI. (30.) 142. 143.

2. **Alle im Zwangsvollstreckungsverfahren vorkommenden richterlichen Verfügungen müssen mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden.** (R. G. 8. XI. 84.) U. u. A. I. (75.) 126. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 161 S. 242.

3. **Der Schuldner, welcher eine durch das Vollstreckungsgericht verfügte Zwangsvollstreckung in eine Forderung angreifen will, hat sich dazu des Antrages an das Vollstreckungsgericht nach § 685 Abs. 1, nicht aber der sofortigen Beschwerde nach § 701 C. P. O. zu bedienen.** (R. G. 10. II. 86.) S. hierüber bei § 685 Abs. 1 ad R. C. XVI. (71.) 320 ff.

4. Die Zulässigkeit einer Gegenvorstellung gegen Beschlüsse des Vollstreckungsgerichtes steht in innerem Zusammenhange mit der Vorschrift des § 735, beziehentlich des § 754 Abs. 1, wonach der Schuldner vor der Pfändung von Forderungen und anderen Vermögensrechten gar nicht gehört werden darf. Es bedarf hier nur keiner Entscheidung, ob in allen Fällen, wo, wie z. B. nach § 743 Abs. 2 im Gegentheile gerade ein vorgängiges Gehör des Gegners des Antragstellers *vorgeschrieben* ist, oder ob vielleicht in allen Fällen, wo das Vollstreckungsgericht vor seiner Verfügung beide Parteien gehört *hat*, die **Gegenvorstellung ausgeschlossen und** vielmehr **die sofortige Beschwerde ohne Weiteres statthaft** ist: soviel ist jedenfalls unzweifelhaft, daß dies immer da gelten muß, wo beides zusammentrifft, **wo vorgängiges beiderseitiges Gehör sowohl vorgeschrieben ist, als auch stattgefunden hat.** (R. G. 14. IX. 87.) R. C. XVIII. (101.) 434.

5. **So lange noch nicht die Vollziehung der einstweiligen Verfügung, sondern nur erst die Anordnung selbst in Frage steht, kann nie ein Fall der sofortigen Beschwerde nach § 701 in Verbindung mit § 808 und § 815**

Digitized by Google

der C. P. O., sondern eben nur ein Fall der gewöhnlichen Beschwerde nach § 530 daselbst vorliegen. (R. G. 21. IX. 85.) U. u. A. III. (162.) 358. 359.

6. Beschwerderecht des Drittschuldners gegen den Pfändungsbeschluß. S. hierüber bei § 808 ad S. A. XLI. bezw. XI. (158.) 239.

II. Andere vollstreckbare Titel.

§ 702.

§ 702.

Die Zwangsvollstreckung findet ferner statt:

1. aus Vergleichen, welche nach Erhebung der Klage zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfange nach oder in Betreff eines Theils des Streitgegenstandes vor einem deutschen Gericht abgeschlossen sind;
   G. V. G. § 14.
2. aus Vergleichen, welche im Falle des § 471 vor dem Amtsgericht abgeschlossen sind;
3. aus Entscheidungen, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet;
   St. P. O. §§ 122, 495, Konk. O. §§ 152, 179, 192.
4. aus Vollstreckungsbefehlen;
   § 704.
5. aus Urkunden, welche von einem deutschen Gericht oder von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind, sofern die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstande hat, und der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.
   § 705.

1. **Vollstreckbare Vergleiche können vor jedem deutschen Gericht, nicht bloß dem Prozeßgericht, abgeschlossen werden.** Schon daraus allein, daß in § 702 Ziff. 1, wo es sich lediglich um einen Vergleich in einem anhängigen Prozeß handelt, nicht das Prozeßgericht als dasjenige Gericht bezeichnet wird, vor welchem der Vergleich abgeschlossen werden kann, sondern allein ein deutsches Gericht, rechtfertigt sich der Schluß, daß für die Vollstreckbarkeit eines gerichtlichen Vergleichs ein Mehreres nicht habe erfordert werden sollen, als daß das Gericht, vor welchem er errichtet, ein deutsches gewesen sei. Der § 268 das. bestimmt bloß über die Befugniß des Prozeßgerichts zur Einwirkung auf die Parteien behufs gütlicher Einigung, und die Motive zu dem gleichlautenden § 258 des Entwurfes bemerken: „daß ein beauftragter oder ersuchter Richter, auch ohne daß die Parteien an ihn zum Zweck des Sühneversuchs verwiesen sind, Vergleichshandlungen vornehmen kann, bedurfte als selbstverständlich keiner ausdrücklichen Bestimmung im Gesetze". Hierbei sei bezüglich des § 702 Ziff. 2 der C. P. O. noch bemerkt, daß es sich dort, wie die Bezugnahme auf § 471 ergibt, um einen Vergleich vor Erhebung der Klage handelt, während § 702 Ziff. 1 ausdrücklich einen Vergleichsabschluß nach Erhebung der Klage voraussetzt. Urtheil des Reichsgerichts vom 13. Dezember 1884. Urtheile und Annalen des R. G. Bd. 1 Nr. 182 S. 310 ff. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 265 S. 381. 382.

2. **Im Zwangsversteigerungsverfahren ist der eingetragene Gläubiger nach dem Gesetze vom 13. Juli 1883 zur Anfechtung ihm vorgehender Hypothekenforderungen auf Grund der Vorschriften des Reichsanfechtungs-**

Digitized by Google

gesetzes dann nicht befugt, wenn er einen der in den §§ 644. 702 C. P. O. erwähnten vollstreckbaren Schuldtitel nicht erlangt hat. (Vgl. Wilmowsky, Konkursordnung S. 513; Korn, Anfechtung S. 15. 16. Anm.; Jäkel, Subhastationsordn. S. 218 u. Anfechtungsrecht S. 28. 29; Cosack, Anfechtungsrecht S. 350 Nr. 4; Volkmar, Gesetz vom 13. Juli 1883 Anm. 2 zu § 113; Jäkel, Zwangsvollstreckungsordn. S. 406 oben; Förster-Eccius, Privatrecht Bd. 1 S. 618, Bd. 3 S. 506 Anm. 94. (R. G. 29. XI. 86.) R. C. XVII. (41.) 167 ff.

§ 703. **§ 703.**

Auf die Zwangsvollstreckung aus den in dem vorstehenden Paragraphen erwähnten Schuldtiteln finden die Bestimmungen der §§ 662—701 entsprechende Anwendung, soweit nicht in den §§ 704, 705 abweichende Vorschriften enthalten sind.

Ger. K. G. § 35 Nr. 1. R. A. G. O. §§ 24, 35.

Vollstreckungsbefehle.

§ 704. **§ 704.**

Vollstreckungsbefehle bedürfen der Vollstreckungsklausel nur in dem Falle, wenn nach Erlassung der Befehle eine Rechtsnachfolge auf Seiten des Gläubigers oder des Schuldners eingetreten ist.

Ger. K. G. § 35 Nr. 1. R. A. G. O. §§ 24, 35.

Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen, sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls entstanden sind.

§ 686. Ger. K. G. § 26 Nr. 8. R. A. G. O. § 20.

Für Klagen auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel, sowie für Klagen, durch welche die den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen geltend gemacht werden oder die bei der Ertheilung der Vollstreckungsklausel als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestritten wird, ist das Amtsgericht zuständig, welches den Vollstreckungsbefehl erlassen hat. Gehört der Anspruch nicht vor die Amtsgerichte, so sind die Klagen bei dem zuständigen Landgerichte zu erheben.

§§ 667, 686, 687.

Gerichtliche oder notarielle Urkunden.

§ 705. **§ 705.**

Die vollstreckbare Ausfertigung gerichtlicher Urkunden wird von dem Gerichtsschreiber des Gerichts ertheilt, welches die Urkunde aufgenommen hat.

§§ 662, 663. Ger. K. G. § 35 Nr. 1. R. A. G. O. §§ 24, 35.

Die vollstreckbare Ausfertigung notarieller Urkunden wird von dem Notar ertheilt, welcher die Urkunde verwahrt. Befindet sich die Urkunde in der Verwahrung einer Behörde, so hat diese die vollstreckbare Ausfertigung zu ertheilen.

Die Entscheidung über Einwendungen, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, sowie die Entscheidung über Ertheilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung erfolgt bei gerichtlichen Urkunden von dem im ersten Absatze bezeichneten Gerichte, bei notariellen Urkunden von dem Amtsgerichte, in dessen Bezirke der im zweiten Absatze bezeichnete Notar oder die daselbst bezeichnete Behörde den Amtssitz hat.

§§ 668, 669.

Auf die Geltendmachung von Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen, findet die beschränkende Vorschrift des § 686 Absatz 2 keine Anwendung.

§§ 688, 689.

Für Klagen auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel, sowie für Klagen, durch welche die den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen geltend gemacht werden oder der bei der Ertheilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommene Eintritt der Thatsache, von welcher die Vollstreckung aus der Urkunde abhängt, oder die als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestritten wird, ist das Gericht, bei welchem

Digitized by Google

der Schuldner im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen das Gericht zuständig, bei welchem in Gemäßheit des § 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann.

§§ 686, 665.

§ 706.

§ 706.

Die Landesgesetzgebung ist nicht gehindert, auf Grund anderer als der in den §§ 644, 702 bezeichneten Schuldtitel die gerichtliche Zwangsvollstreckung zuzulassen und insoweit abweichende Vorschriften von den Bestimmungen dieses Gesetzes über die Zwangsvollstreckung zu treffen.

Die vorstehende Bestimmung findet auch auf Hypothekenurkunden (Hypothekenschuldbriefe, Hypothekenscheine u. s. w.) Anwendung.

III. Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes in der Zwangsvollstreckung.

§ 707.

§ 707.

Die in diesem Buche angeordneten Gerichtsstände sind ausschließliche.

§ 12.

Die Ausschließlichkeit bezieht sich nur auf den Gerichtsstand, d. i. auf die örtliche Zuständigkeit. (R. G. 11. III. 85.) R. C. XIII. (96.) 369.

Zweiter Abschnitt.

Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

Erster Titel.

Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

I. Allgemeine Bestimmungen (§§ 708—711).

Pfändung.

§ 708.

§ 708.

Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen erfolgt durch Pfändung. Sie darf nicht weiter ausgedehnt werden, als zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung erforderlich ist.

Die Pfändung hat zu unterbleiben, wenn sich von der Verwerthung der zu pfändenden Gegenstände ein Ueberschuß über die Kosten der Zwangsvollstreckung nicht erwarten läßt.

1. **Die Bestimmung des § 708,** wonach die Pfändung in das bewegliche Vermögen des Schuldners nicht weiter ausgedehnt werden soll als zur Befriedigung der Gläubiger und zur Deckung der Vollstreckungskosten erforderlich ist, **enthält lediglich eine instruktionelle Vorschrift für den Vollstreckungsbeamten,** deren Verletzung den Schuldner wohl berechtigen kann, seine deßfallsige Einwendung nach § 685 der C. P. O. geltend zu machen bezw. eine Aenderung der Anordnung beim Vollstreckungsgericht zu begehren, **wogegen** aber **einem** solchen **Zuwiderhandeln des Vollstreckungsbeamten,** dessen Ermessen ein gewisser Spielraum zu gestatten war, **die Wirkung, daß nunmehr die Pfändung als nichtig angefochten werden könnte, nicht zukommen sollte** (vgl. Seuffert, Kommentar zu § 708 Bem. 3; Petersen, Kommentar 2. Aufl. § 708 I Ziff. 3). Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe vom 4. November 1884. S. A. XL bezw. X (328.) 471.

Digitized by Google

2. Nach §§ 708, 712 der C. P. O. erfolgt die Pfändung in die im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen mittelst Besitznahme durch den Gerichtsvollzieher und nach § 709 Abs. 1 daselbst erlangt der Gläubiger durch die Pfändung ein Pfandrecht an den gepfändeten Sachen. Daß hiernach **diejenigen Gegenstände, welche dem Zurückbehaltungsrechte des Vermiethers unterliegen, deßhalb allein von der gerichtlichen Pfändung nicht ausgeschlossen** sind, ergibt sich aus der Natur dieses Zurückbehaltungsrechts, welches zwar den Vermiether unmittelbar durch die Thatsache der Einbringung in die gemietheten Räume vermöge einer Erweiterung des Besitzbegriffs in ein dem physischen Besitze analoges Verhältniß zu diesen Sachen bringt, welches gegenüber dem Miether ebenso wie der wirkliche Besitz strafrechtlichen Schutz genießt, dagegen den unmittelbaren körperlichen Besitz und den Naturalgewahrsam bei dem Miether unberührt läßt (vgl. Entsch. in Strafsachen Bd. 3 S. 58, Bd. 4 S. 43). Steht hiernach an und für sich die Pfändbarkeit fest, so wird auch für den Vermiether ein Widerspruchsrecht gegen die Pfändung nach § 710 der C. P. O. nicht begründet. Dieser Vorschrift zufolge kann ein Dritter, welcher sich nicht im Besitze der Sache befindet, auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechts der Pfändung nicht widersprechen, sondern nur seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse im Wege der Klage geltend machen. Abweichend von den §§ 264 und 376 der preuß. Konk.-O., welche das Widerspruchsrecht des Pfandberechtigten gegen die Zwangsvollstreckung schlechthin verneinten, wird vorliegend dem die Sache besitzenden Pfandgläubiger ein solches Recht zugestanden und würde dieses deßhalb auch auf das Verhältniß des Vermiethers anzuwenden sein, wenn dasselbe als ein Besitzverhältniß im Sinne dieses Gesetzes anzuerkennen wäre. Es ist dieses jedoch nicht der Fall. Jene Ausnahmevorschrift beruht auf dem Gedanken, daß es ungerechtfertigt sei, den Pfandgläubiger zu zwingen, die Veräußerung geschehen zu lassen, wenn nur er und nicht einmal der Schuldner thatsächlich in der Lage sein würde, die Gegenstände zu veräußern, der Anspruch auf Herausgabe aber von dem die Vollstreckung betreibenden Gläubiger nur unter denselben Bedingungen und Beschränkungen geltend gemacht werden könne, wie vom Schuldner selbst. Unter den Fällen, wo ein Besitz des Pfandgläubigers nicht vorliege, wird die Pfandbestellung durch sog. symbolische Tradition angeführt (vgl. Motive zum Entwurf einer C. P. O. § 659, amtl. Ausg. S. 425) und dieselbe Erweiterung des Besitzbegriffs wie bei der symbolischen Tradition wird auf das Verhältniß des Vermiethers zu den Illaten des Miethers für anwendbar erklärt (vgl. Motive zum Entwurf einer Konk.-O. § 41 II, amtl. Ausg. S. 210 unten, S. 211 oben). Die Analogie beider Fälle für die vorliegende Frage ergibt sich auch aus dem Umstande, daß so lange der Vermiether nicht zur Realisirung seines Pfandrechtes geschritten ist, der Miether thatsächlich in der Lage, die Illaten zu veräußern, bleibt. Steht hiernach dem Vermiether, so lange als er nicht in den vollen unmittelbaren Besitz der ihm verpfändeten Illaten getreten ist, ein Widerspruchsrecht gegen die Pfändung dritter Gläubiger nicht zu, so verletzt er die Rechte dieser Gläubiger, indem er, nachdem für diese die Pfändung in die eingebrachten Mobilien vollzogen ist, die gepfändeten und vom Gerichtsvollzieher in Besitz ge-

Digitized by Google

nommenen, wenn auch in Gewahrsam des Schuldners belassenen, auf Grund seines Pfandrechts mit oder ohne Mitwirkung des Schuldners in seinen Besitz oder überhaupt durch Beiseiteschaffen in eine Lage bringt, daß eine Zwangsversteigerung und die damit verbundene Ueberlieferung an den Steigerer nicht mehr ausführbar erscheint. Ja selbst wenn er in der Lage gewesen wäre, die Veräußerung vermöge seines Zurückbehaltungsrechts zu hindern, würde es ihm nach § 690 der C. P. O. nicht gestattet gewesen sein, dieses im Wege des faktischen Zugriffs zu thun, sondern er hätte seinen Anspruch im Wege der Klage bei dem Gericht geltend machen müssen, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung erfolgte. In Wirklichkeit steht dem Vermiether aber nur ein Vorzugsrecht auf Befriedigung aus dem Erlöse zu, dessen Umfang sich nach § 709 Abs. 2 der C. P. O. und § 41 Ziff. 4 der Konk.-O. bemißt. (R. G.. 16. III. 83.) R. A. V. (76.) 186—188. R. St. VIII. (35.) 120. 121. A. VII. (113.) 414—416.

Wirkung der Pfändung.

§ 709.

§ 709.

Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande.

§ 810. Konk. O. § 41 Nr. 9.

Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältniß zu anderen Gläubigern dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht; es geht Pfand- und Vorzugsrechten vor, welche für den Fall eines Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind.

E. G. § 23 Konk. O. §§ 40. 41.

Das durch eine frühere Pfändung begründete Pfandrecht geht demjenigen vor, welches durch eine spätere Pfändung begründet wird.

1. **Nach der Vorschrift des § 709 C. P. O. erlangt der Gläubiger durch die Pfändung ein Pfandrecht an den gepfändeten Gegenständen, aber dieses Pfandrecht entsteht erst mit der Pfändung**; der Gläubiger erwirbt es nicht, weil der Vollstreckungstitel auf die Einräumung eines Pfandes gerichtet war. (R. G. 6. XII. 83.) R. C. X. (8.) 36. 37. A. IX. (30.) 164.

2. **Nur durch eine gesetzlich zulässige Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht**; er erwirbt somit **durch die Pfändung solcher Sachen, welche gesetzlich der Pfändung nicht unterworfen sind, kein Pfandrecht** (vgl. Cretschmar im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 68 S. 445 f., 459 f.). (R. G. 9. V. 87.) R. C. XVIII. (87.) 393.

3. **Diejenigen Gegenstände, welche dem Zurückbehaltungsrechte des Vermiethers unterliegen, sind deßhalb allein von der gerichtlichen Pfändung nicht ausgeschlossen.** (R. G. 16. III. 83.) S. hierüber bei § 708 ad R. A. V. (76.) 186—188. R. St. VIII. (35.) 120. 121. A. VII. (113.) 414—416.

4. **Das Pfandrecht des Vermiethers an den eingebrachten Sachen des Miethers (§ 395 A. L. R. I. 21) hat in Bezug auf die Haftung für laufende Miethszinsen anderen Gläubigern, insbesondere dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber durch die Civilprozeßordnung und Konkursordnung keine Einschränkung erfahren.** Die Sachen sind nach § 395 a. a. O. Pfand für die Miethzinsforderungen ohne Unterscheidung, und letztere

Digitized by Google

können daraus, sobald sie fällig sind, realisirt werden. Der § 709 C. P. O. hat Pfandrechte, welche im Konkurse den Faustpfandrechten gleichgestellt sind, auch dem neu eingeführten Pfändungspfandrechte gegenüber aufrecht erhalten, und nach § 41 Nr. 4 K. O. steht das Pfandrecht des Vermiethers an den Mietherillaten wegen letztjährigen Zinsrückstandes, sowie wegen des laufenden Zinses und anderer Forderungen aus dem Miethsverhältnisse dem Faustpfandrechte gleich. Diese Unterscheidung von (zur Zeit der Konkurseröffnung) rückständigem und laufendem Zinse führt zu keiner Beschränkung des Begriffes des laufenden Zinses auf eine kürzere Dauer, als die des Miethsverhältnisses selbst, denn mit dem Miethsverhältnisse besteht auch die Miethszinsforderung, und auch die korrespondirenden Verpflichtungen des Miethers und Vermiethers sind für die Dauer des Vertrages laufende. Zu demselben Resultate führt die Aufrechthaltung des Pfandrechtes für andere Forderungen aus dem Miethsverhältnisse, weil kein Grund erfindlich ist, aus welchem der Gesetzgeber die Haftung für die nicht fälligen Zinsforderungen zu beschränken beabsichtigt haben sollte, und für andere Forderungen aus dem Miethsvertrage nicht. Allerdings besagen die Motive zu dem Entwurfe der Konkursordnung und des § 41 a. a. O., daß durch diese Vorschrift zu Nr. 4 eine Beschränkung des Separationsrechtes des Vermiethers auf die in Gemäßheit des § 17 Nr. 1 a. a. O. laufende Miethe und den letztjährigen Zinsrückstand eintreten solle, während diese Beschränkung in Ansehung des Pachtzinses fortfalle (Nr. 2 daselbst), aber daraus ergibt sich gleichfalls nur, daß das Separationsrecht hinsichts des laufenden — des nicht rückständigen — Zinses an das Fortlaufen des Miethsverhältnisses geknüpft ist, und außerdem noch, daß letzteres als fortlaufend anzusehen ist, wenn von dem Kündigungsrechte nach § 17 a. a. O. kein Gebrauch gemacht ist. Hierdurch widerlegt sich denn von selbst die Meinung, daß die Dauer des Laufens der Miethszinsen mit den Kündigungsfristen des § 17 a. a. O. zusammenfalle, selbst dann, wenn eine Kündigung nicht erfolgt. Freilich nehmen die Zinsforderungen aus Miethsverträgen, welche von der Gläubigerschaft fortgesetzt werden, von der Zeit der Konkurseröffnung ab die Natur von Masseschulden an — § 52 K. O. —; auch daraus folgt aber weder, daß sie von diesem Zeitpunkte ab zu laufen aufhören, noch, daß das Separationsrecht des Vermiethers in Ansehung ihrer ganz wirkungslos und die Gläubigerschaft rechtlich in die Lage gebracht wird, über das Pfand oder dessen Erlös zum Nachtheile des Vermiethers zu verfügen. Wohl aber folgt daraus, daß, selbst wenn die behauptete Beschränkung des Absonderungsrechtes des Vermiethers in Ansehung der ihm zustehenden Miethszinsen im Konkurse Platz griffe, dieselbe doch außer dem Konkurse im Verhältnisse zu anderen Gläubigern keine Anwendung finden könnte. Denn eine solche Anwendung müßte die Ungleichheit der Voraussetzungen ignoriren und dem Vermiether ein wohlerworbenes Recht nehmen, welches im Konkurse genügend gesichert bleibt. Im Konkurse entgeht der Vermiether dem ihm durch Kürzung des Pfandrechtes drohenden Verluste an künftigen Miethszinsen durch die Möglichkeit, den Vertrag zu kündigen, und durch das ihm im Nichtkündigungsfalle verbleibende Vorzugsrecht an der Konkursmasse; außer dem Konkurse würde er sein

Digitized by Google

Recht jedem Exekutionsgläubiger gegenüber verlieren und in Ansehung der ihm vertragsmäßig zustehenden Gegenleistungen meist das Nachsehen haben. Wenn daher § 7 des Ausführungsgesetzes vom 6. März 1879 verordnet, daß § 41 der Konkursordnung auch außerhalb des Konkurses auf das Verhältniß der dort bezeichneten Gläubiger zu anderen Gläubigern entsprechende Anwendung finde, und ein Absonderungsrecht hinsichts einzelner Gegenstände nur so, wie es im Konkurse zugelassen sei, bestehe, so kann dies doch nicht dahin aufgefaßt werden, daß der Vermiether außer dem Konkurse infolge der eintretenden Konkurrenz anderer Gläubiger die ihm gesetzlich zustehende Sicherheit für die in Zukunft fälligen Miethsforderungen verlieren und dieselbe nur für einen schwebenden Zeitraum von noch dazu unbestimmt gelassener Dauer behalten solle. Mit derartigen Grundsätzen würde die Vorschrift des § 710 C. P. O., nach welcher der Pfandgläubiger in Konkurrenz mit dem Pfändungspfandgläubiger sein Recht auf Befriedigung aus dem Pfande auch in Ansehung seiner noch nicht fälligen Forderungen behält, nicht in Einklang zu bringen sein. (R. G. 9. V. 85.) R. C. XIII. (60.) 255—257.

5. Als die deutsche Prozeßgesetzgebung in die Lage kam, das von ihr adoptirte gemeinrechtliche pignus in causa judicati captum als Pfändungspfandrecht auf dem Boden der Prozeßordnung zu regeln, lief diese Regelung unvermeidlich Gefahr, in die partikulare Mannigfaltigkeit der sonst unverändert fortbestehenden materiellen Landesrechte tief einzugreifen und man war deßhalb zur Vermeidung einer unabsehbaren Verwirrung auf dem Gebiet des Pfandrechts gezwungen, sich auf eine allgemeine, wesentlich negative Fassung zu beschränken. Im Zusammenhang mit der Konkursordnung wollte man das Pfändungspfandrecht als dem Hauptpfandrecht gleichstehend auch außerhalb des Konkurses privilegiren gegenüber allen landesgesetzlich bestehenden Generalhypotheken, generellen Vorzugsrechten und allen speziellen nicht mit Pfandbesitz verbundenen hypothekarischen oder Vorzugsrechten, es sei denn, daß die letzteren reichsgesetzlich im Fall des Konkurses durch die K. O. Anerkennung gefunden hatten. Ueber dieses relative Verhältniß hinaus sollte zu Gunsten des Pfändungspfandrechts in das materielle Recht nicht eingegriffen werden: d. h. es wurde reichsgesetzlich weder bestimmt, ob die in der K. O. den Faustpfandrechten gleichgestellten Rechte auch außerhalb des Konkurses überhaupt als solche Geltung hätten, noch, wenn dies der Fall, welche Stellung sie in einer Kollision mit dem Pfändungspfandrecht einzunehmen, ob sie demselben vorzugehen, nachzugehen oder mit demselben gleichberechtigt zu konkuriren hätten; dies alles sollte der landesgesetzlichen Ordnung vorbehalten bleiben und durch die Prozeßordnung nicht alterirt werden (vgl. Seuffert, C. P. O. S. 735 Anm. 2, 6 zu § 709; Struckmann und Koch, C. P. O. 2. Aufl. S. 602, 603 Anm. 4 zu § 709). **Hieraus folgt auf Grund des § 709 der C. P. O. für das Recht des Vermiethers an den zur Zeit der Pfändung noch auf seinem Grundstück gewesenen Inlaten seines Miethers, daß, da dasselbe an sich unter den § 41 Ziff. 4 der K. O. fällt, das Pfändungspfandrecht reichsgesetzlich demselben nicht vorgeht, oder m. a. W., daß die Landesgesetzgebung durch die C. P. O. nicht behindert ist, das Pfandrecht des Vermiethers dem Pfändungspfandrecht vorgehen zu lassen.** Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 29. April 1880.

Digitized by Google

Wallmann, deutsche Juristenzeitung Bd. 4 S. 628. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 81 S. 122 f.

6. **Die Beschlagnahme eines Grundstückes zum Zwecke des Zwangsverkaufes gibt allein dem Gläubiger kein Pfandrecht, sondern nur einen Titel zum Pfandrechte.** Der Gläubiger erlangt dadurch aber ein Vorzugsrecht vor später eingetragenen Realansprüchen, und vor älteren als zweijährigen Rückständen an Zinsen oder sonstigen Hebungen früherer Realansprüche. Er erwirbt auch das durch spätere Konkurseröffnung nicht berührte Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Kaufgelde, vgl. §§ 30. 27. 23 des preußischen Gesetzes vom 13. Juli 1883 betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. — (Daß der betreibende Gläubiger infolge der Beschlagnahme als Pfandgläubiger zu betrachten ist, nehmen an: Förster-Eccius, Bd. 3 S. 485 Note 24; Jäckel, Zwangsvollstreckungsordnung § 30 Note 1 S. 136; Volkmar, Das Gesetz über die Zwangsvollstreckung § 30 Note 2 S. 37. Dagegen führen Krach und Fischer, Das preuß. Gesetz über die Zwangsvollstreckung ꝛc., näher aus, daß der betreibende Gläubiger kein Pfandrecht erlangt (S. 121), rechnen ihn aber zu den Realberechtigten (S. 278). Heidenfeld, Die Zwangsversteigerung von Grundstücken, will ihn auch nicht als Realberechtigten ansehen (S. 50. 59 f.). Ueber die Loslösung der Zwangsversteigerung vom Konkursverfahren vgl. Kurlbaum, Neue Grundsätze der Zwangsversteigerung ꝛc. S. 4 f.). Die Motive zu dem Gesetze scheinen allerdings von anderer Ansicht auszugehen, wenn sie es als allein richtig bezeichnen, daß die Immobilien auch in der Wirkung der Zwangsvollstreckung den Mobilien gleichgestellt werden (Motive zu § 30 S. 23 a. a. O.). Dieser Aeußerung der Motive ist jedoch keine entscheidende Bedeutung beizulegen. **War es die Absicht des Gesetzgebers, die durch § 709 C. P. O. für Mobilien und Forderungen angeordnete Rechtswirkung der Pfändung auf die Beschlagnahme von Grundstücken auszudehnen, so mußte dieselbe im Gesetze selbst zum Ausdrucke gebracht werden.** Das ist nicht geschehen. Das Gesetz sagt zwar im § 143 a. a. O., daß bei einer Zwangsverwaltung der Gläubiger an den Einkünften des Grundstückes ein Pfandrecht mit den im § 709 C. P. O. bestimmten Wirkungen erlangt. Aber gerade der Umstand, daß eine gleichlautende Bestimmung in Betreff der Wirkung der Beschlagnahme des Grundstückes behufs Zwangsverkaufes fehlt, spricht dafür, daß der Gesetzgeber hier dieselbe Wirkung, wie bei der Pfändung von Mobilien, nicht eintreten lassen wollte. Es muß deßhalb angenommen werden, daß die für das preußische Recht im § 18 des Eigenthumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 gegebene Regel, wonach das Recht der Hypothek und der Grundschuld nur durch Eintragung im Grundbuche entsteht, zu Gunsten des Gläubigers, welcher den Zwangsverkauf eines Grundstückes betreibt und die Beschlagnahme desselben bewirkt, nicht abgeändert ist. (R. G. 8. X. 84.) R. C. XII. (64.) 262. 263.

7. Nach § 1 Abs. 2 des preuß. Gesetzes, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, vom 4. März 1879 gehören zwar diejenigen Gegenstände, auf welche das bezüglich eines unbeweglichen Gegenstandes bestehende Pfand- oder Vorzugsrecht kraft des Gesetzes sich miterstreckt, zur Immobiliarmasse, und nach § 30 des Gesetzes über den

Digitized by Google

Eigenthumserwerb ꝛc. vom 5. Mai 1872 haftet für das eingetragene Hypotheken- bezw. Grundschuldkapital auch das bewegliche Zubehör des verpfändeten Grundstückes und die abgesonderten Früchte desselben, jedoch nur so lange, bis jenes veräußert und von dem Grundstücke räumlich getrennt worden ist, bezw. als diese auf dem Grundstücke noch vorhanden sind, und daraus folgt, daß **das Gutsinventarium und die Gutsvorräthe, so lange sie nicht von den Grundstücksgläubigern in Beschlag genommen sind, gleich anderen beweglichen Sachen zum Gegenstande der Exekution gemacht werden** können, wenn auch die Exekution in dieselben gewissen Beschränkungen unterworfen ist (A. G. O. I. 24 §§ 71 und 97; C. P. O. § 715 Nr. 5). Wie dies vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung Rechtens war, so gilt es nach § 23 des Gesetzes vom 4. März 1879 auch noch jetzt. Auch folgt aus dem § 23 a. a. O., wie die Motive zu dieser Bestimmung (Anlagen zu den stenograph. Berichten des Abgeordnetenhauses 1878/79 Bd. 1 S. 350) **außer Zweifel setzen, daß, wenn die Zwangsvollstreckung in die zur Immobiliarmasse gehörigen Gegenstände für sich allein, insbesondere allein in das Gutsinventarium oder die Gutsvorräthe erfolgen soll, dieselbe lediglich nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen zu erledigen ist.** (R. G. 21. IV. 82.) R. St. VI. (81.) 228. 229. R. A. IV. (174.) 370.

8. **Zwischen Pfändungspfandgläubigern und Hypothekengläubigern bestimmt sich das Vorzugsrecht an beweglichen Hypothekpertinenzien nach der Zeit der Entstehung ihrer bezüglichen Pfandansprüche.** Die Zwangsvollstreckung zum Zwecke der Beitreibung von Geldforderungen hat in der Civilprozeßordnung eine wesentlich verschiedene Behandlung erfahren, je nachdem sie sich gegen bewegliches oder gegen unbewegliches Vermögen richtet. Während die Art und Weise der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen für das ganze Reich einheitlich und im einzelnen geregelt ist, werden für die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen mit Rücksicht auf die Mannigfaltigkeit des im Deutschen Reiche geltenden Immobiliarsachenrechtes nur einige allgemeine Grundsätze aufgestellt, und ist im Uebrigen die Regelung den Landesgesetzgebungen vorbehalten. Vgl. §§ 708—754 und §§ 755—757 der C. P. O.) Im Zusammenhange hiermit steht es, daß in der Konkursordnung das Absonderungsrecht an beweglichen Sachen genau bestimmt, das Absonderungsrecht an unbeweglichen Sachen aber nur im Prinzipe anerkannt wird, (vgl. §§ 40 und 41, dann § 39 Abs. 1 der Konkursordnung). Angesichts der prägnanten Ausscheidung der Bestimmungen über bewegliche Sachen von jenen über unbewegliche Sachen erscheint es als erste Voraussetzung für die Inanspruchnahme des durch § 40 der Konkursordnung an ersteren geschaffenen Absonderungsrechtes, daß die Sache, aus deren Erlös abgesonderte Befriedigung begehrt wird, rechtlich nicht als unbewegliche Sache zu beurtheilen ist. Bezüglich der Frage nun, welche Gegenstände in Ansehung der Zwangsvollstreckung zu den unbeweglichen Sachen gehören, wird von der Reichsgesetzgebung (§ 757 Abs. 2 der C. P. O., § 39 Abs. 2 der Konkursordnung) auf die Landesgesetzgebung und von der bayrischen Subhastationsordnung in dem den Umfang ihrer Anwendbarkeit begrenzenden art. 2 Ziff. 1 auf das bürgerliche Recht verwiesen. Die

Digitized by Google

hier einschlägige Materie des bürgerlichen Rechtes ist in dem bayerischen Hypothekengesetze enthalten. Nach § 3 und 33 desselben erstreckt sich das dingliche Recht der Hypothek auf Zugehörungen, wozu nach § 34 auch bewegliche Sachen gehören, wenn sie mit der hypothekirten unbeweglichen Sache in einer wesentlichen Verbindung stehen, wie bei landwirthschaftlichen Gütern die lebendige und todte Baumanns-Fahrniß. Indessen ist an beweglichen Zugehörungen das Hypothekenrecht ein unvollkommenes, weil, wenn sie veräußert worden sind, ein Anspruch gegen den dritten Besitzer dem Hypothekgläubiger nicht zusteht. § 35 des Hypothekengesetzes. Hieraus kann übrigens für Beantwortung der Frage, ob die beweglichen Hypothekpertinenzien als bewegliche oder als unbewegliche Sachen zu charakterisiren sind, nichts gefolgert werden; denn besagte Beschränkung des Hypothekenrechtes beruht auf der Natur der Zugehörungen, welche im Gegensatze zu den Bestandtheilen einer Sache in der Hauptsache nicht aufgehen, sondern nur das juristische Schicksal der letzteren so lange theilen, als sie mit ihr in der maßgebenden Verbindung bleiben, durch dauernde Trennung dagegen die rechtliche Selbständigkeit wieder zu erlangen vermögen. Solange die Trennung nicht eingetreten ist, den beweglichen Sachen mithin die Pertinenzeigenschaft mit hypothekenrechtlicher Wirkung zukommt, werden sie vom Gesetze unbeweglichen Sachen gleichgeachtet, denn nach dem bayerischen Hypothekengesetz § 1 sind grundsätzlich nur unbewegliche Sachen dem Hypothekenrechte unterworfen. In diesem Punkte besteht zwischen dem bayerischen Rechte und anderen Rechten insofern ein Unterschied, als einige der letzteren, z. B. das gemeine Recht, eine Hypothek — d. i. Pfandrecht ohne Besitzübertragung — an selbständigen beweglichen Sachen zulassen. Solchen „Hypotheken an Mobilien" gegenüber ist dem Pfändungspfandrechte durch die jetzige Fassung des § 709 der Civilprozeßordnung der Vorzug eingeräumt worden. Es liegt klar zu Tage, daß diese Vorschrift, gleichwie die Aeußerungen der Gesetzgebungsfaktoren, welche sich auf Spezialhypotheken an Mobilien beziehen — Hahn, Materialien zur Civilprozeßordnung 2. Auflage S. 827 ꝛc. — bei Erörterung einer aus dem bayerischen Hypothekengesetze zu beantwortenden Frage nicht verwerthet werden können, nachdem Mobilien allein diesem Gesetze zufolge der Hypothek nicht fähig sind. Als unabweisbare Folge des Rechtssatzes, daß das dingliche Recht der Hypothek im Sinne der bayerischen Rechtssprache kraft Gesetzes die beweglichen Zugehörungen der hypothekirten unbeweglichen Sache umfaßt, ergibt sich, daß ihnen das Hypothekengesetz Immobiliareigenschaft beigelegt hat; demnach findet auf sie die bayerische Subhastationsordnung Anwendung. Eben damit ist die Anwendbarkeit des § 41 der Konkursordnung ausgeschlossen, und war deßhalb auch die Bayerische Landesgesetzgebung durch die Reichsjustizgesetze vom Jahre 1877 nicht veranlaßt, zur Wahrung des nach dem bisherigen Rechte an den beweglichen Hypothekpertinenzien begründeten Pfandrechtes nach § 23 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung noch ein weiteres Gesetz zu erlassen. „Im Anschlusse an die einschlägigen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, insbesondere an die §§ 33 und ff. des Hypothekengesetzes" — s. Begründung zu Art. 8 des Entwurfes der Subhastationsordnung, — verfügt sodann das Gesetz, daß bewegliche Zugehörungen in Ansehung der Zwangsvollstreckung und ihrer Wirkungen mit dem Zeitpunkte, in welchem

Digitized by Google

die Beschlagnahme bewirkt ist, der beschlagnahmten Hauptsache gleich stehen. Der Inhalt dieser Vorschrift ist klar; von dem bezeichneten Zeitpunkte an sollen die beweglichen Zugehörungen zur Hauptsache in jenes volle Abhängigkeitsverhältniß treten, vermöge dessen sie hinsichtlich der Zwangsvollstreckung von dem Schicksale der Hauptsache nicht mehr getrennt werden können, während diese Trennung nach § 35 des Hypothekengesetzes vor jenem Zeitpunkte nicht ausgeschlossen war. Für die Entstehung des Hypothekenrechtes an den beweglichen Zugehörungen ist indessen der Beschlagnahmeakt belanglos, denn das Hypothekenrecht ist gemäß § 1 und 21 des Hypothekengesetzes durch Eintragung in das Hypothekenbuch existent geworden. Es werden daher die Rechte des Hypothekengläubigers weder durch Art. 8 noch durch Art. 10 der Subhastationsordnung, welcher sich gleichfalls auf die Beschlagnahme bezieht, beschränkt, wie denn überhaupt im Auge zu behalten ist, daß die Subhastationsordnung sich strengstens jeden Eingriffes in das Hypothekenrecht enthält. (Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten vom Jahre 1878, S. G. A. Beil. Bd. V S. 478 und 484.) Ueber den Rang, in welchem das Hypothekenrecht an den beweglichen Hypothekpertinenzien und das nach § 709 der Civilprozeßordnung an denselben stattfindende Pfandrecht stehen, trifft die Subhastationsordnung keine nähere Anordnung; sie beschränkt sich auf Artikel 110, welcher bestimmt, daß Forderungen, für welche vor der Beschlagnahme bewegliche Zugehörungen gepfändet wurden, aus den hierfür treffenden Beträgen zu berichtigen sind, soweit nicht Hypothek-Berechtigten ein Vorzugsrecht zusteht. Das beiderseitige Rangverhältniß kann nicht aus Art. 108 Ziff. 2 und 4 der bayr. Subhastationsordnung entnommen werden, woselbst der Rang zwischen den Hypothek- und den Beschlagnahme-Gläubigern geordnet wird; denn gegenwärtig handelt es sich um den Rang zwischen den Hypothek- und Pfändungspfandgläubigern, die letzteren sind aber mit den Beschlagnahmegläubigern nicht identisch. Nach allgemeinen Grundsätzen ist für die Bestimmung des Ranges mehrerer an derselben Sache bestehenden Pfandrechte die Priorität der Zeit entscheidend, zu welcher die zusammentreffenden Gläubiger die Pfandrechte erlangt haben. (c 2 i. f. und c. 4 C. qui potiores (8, 18).) (B. O. L. 20. XI. 82.) S. IX. (255.) 757—761.

9. Der Entwurf zu § 709 (§ 658 des Entwurfes) enthielt den Satz: „Der Gläubiger behält dieses Recht (Pfandrecht) auch gegenüber der Konkursmasse des Schuldners, unbeschadet den Vorschriften, welche die Wirkungen der Konkurseröffnung auf die Gültigkeit der Pfandrechte betreffen." Die Motive bemerkten: „Unter den Voraussetzungen, unter denen die Anfechtung der vor Eröffnung des Konkurses vorgenommenen Veräußerungen und Verpfändungen zugelassen ist, muß auch die Anfechtung des durch Pfändung begründeten Pfandrechtes gestattet werden, weil die prozessualen Handlungen, durch welche die Pfändung veranlaßt worden ist, auf einer Kollusion des Schuldners und Gläubigers beruhen können." Die Streichung des Zwischensatzes in der Justizkommission beruht (Prot. S. 373. 874) darauf, daß er durch die Bestimmungen der Konkursordnung gedeckt werde und somit entbehrt werden könne. (R. G. 6. XII. 83.) R. C. X. (8.) 34. 35. A. IX. (30.) 162.

10. Schon das Auftragsverhältniß zwischen dem Gläubiger und dem

Digitized by Google

Gerichtsvollzieher schließt die Befugniß des letzteren aus, seinem Auftraggeber das durch die Pfändung erworbene Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande wieder zu entziehen, umsomehr, da nach § 709 C. P. O. bei der Konkurrenz mehrerer Pfändungen das durch eine frühere Pfändung begründete Pfandrecht demjenigen vorgeht, welches durch eine spätere Pfändung begründet worden ist. **Das Gesetz läßt auch keinen Zweifel darüber, daß dem Gerichtsvollzieher die Befugniß, von ihm gepfändete Sachen hinterher dem Schuldner als unentbehrlich freizugeben, nicht zusteht.** Wie die Civilprozeßordnung, indem sie das frühere System der Leitung des Vollstreckungsverfahrens durch die Gerichte und damit die fortwährende Kontrolle der Gerichtsvollzieher während der ganzen Dauer der Zwangsvollstreckung aufgegeben hat, genöthigt war, das Verfahren der Zwangsvollstreckung in allen Theilen genau zu regeln, so begrenzt sie auch in den §§ 691. 692 nach allen Richtungen erschöpfend die Fälle, in welchen die begonnene Zwangsvollstreckung einzustellen oder zu beschränken ist und im Falle der Einstellung die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln aufzuheben sind. Ueber diese gesetzlich bestimmten Fälle hinaus ist der Gerichtsvollzieher zu einer Aufhebung von Vollstreckungsmaßregeln ohne Anweisung des Gläubigers nicht befugt. Die Entscheidung hierüber steht vielmehr nach § 685 C. P. O. dem Vollstreckungsgerichte zu. **Die Freigabe gepfändeter Sachen ohne Anweisung des Gläubigers und ohne Ermächtigung des Gerichtes enthält sonach eine Zuwiderhandlung gegen das Gesetz, welche der Gerichtsvollzieher vertreten muß,** weil er sie bei gehöriger Aufmerksamkeit und nach den Kenntnissen, die bei der Verwaltung des Amtes eines Gerichtsvollziehers erfordert werden, hätte vermeiden können und sollen (§§ 88. 89 A. L. R. II. 10). Es bedarf auch keiner Feststellung des Grades des begangenen Versehens; denn nach § 88 a. a. O. hat der Beamte auf die pflichtmäßige Führung seines Amtes die „genaueste" Aufmerksamkeit zu verwenden und nach § 23 A. L. R. I. 3 vertritt derjenige auch ein geringes Versehen, welchen die Gesetze besonders verpflichten, vorzügliche Fähigkeiten oder Kenntnisse oder eine mehr als gewöhnliche Aufmerksamkeit bei einer Handlung anzuwenden. Der Beamte haftet mithin für jedes Versehen. (Vgl. die Urtheile des Reichsgerichtes vom 2. November 1882 und vom 24. September 1886, abgedruckt in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes von Rassow und Küntzel Bd. 28 S. 968 und Bd. 30 S. 137.) (R. G. 9. V. 87.) R. C. XVIII. (87.) 391—393.

11. **Das Mitglied einer auf Gegenseitigkeit beruhenden Versicherungsgesellschaft darf auch wegen seiner Sonderrechte keinen ihm ein Vorzugsrecht gewährenden Arrest in das Vermögen der Gesellschaft nachsuchen.** (R. G. 9. I. 82.) S. hierüber bei § 800 ad A. V. (47.) 205.

12. **Die bei Gericht** (im Wechselprozeß) **eingezahlte Sicherheit dient dem Kläger als vertragsmäßiges Faustpfand zur abgesonderten Befriedigung.** (R. G. 5. XII. 84.) U. u. A. I. (169.) 295.

13. **Das in § 709 C. P. O. vorgesehene Pfändungspfandrecht wird durch in Elsaß-Lothringen geltende landesrechtliche Vorschriften über die Vertheilung eines Benefiziarnachlasses nicht derart ausgeschlossen, daß schon vor Erhebung der in Art. 990 der früheren Civilprozeßordnung vorgesehenen**

Digitized by Google

Einspruches ein Pfändungspfandrecht nicht erworben werden kann. (R. G. 10. VI. 87.) R. C. XVIII. (90.) 400 f.

14. Eine im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes erlangte Leistung, durch welche ein einzelner Gläubiger aus dem Vermögen des Gemeinschuldners eine Sicherung oder Befriedigung erhalten hat, welche er nicht zu beanspruchen hatte, steht strafrechtlich einer einen einzelnen Gläubiger begünstigenden freiwilligen Leistung des Gemeinschuldners gleich. Entsch. des R. G vom 8./4. 81. (Entsch. in Straff. IV. S. 62.)

§ 710.

§ 710.

Der Pfändung einer Sache kann ein Dritter, welcher sich nicht im Besitze der Sache befindet, auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechts nicht widersprechen; er kann jedoch seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse im Wege der Klage geltend machen, ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung fällig ist oder nicht.

Die Klage ist bei dem Vollstreckungsgericht, und wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, bei dem Landgerichte zu erheben, in dessen Bezirke das Vollstreckungsgericht seinen Sitz hat.

Wird die Klage gegen den Gläubiger und den Schuldner gerichtet, so sind diese als Streitgenossen anzusehen.

Wird der Anspruch glaubhaft gemacht, so hat das Gericht die Hinterlegung des Erlöses anzuordnen. Die Vorschriften der §§ 688, 689 finden hierbei entsprechende Anwendung.

§ 690. Konk. O. §§ 108—110, 117. H. G. B. Art. 409, 624. Ger. K. G. § 35 Nr. 2. R. A. G. O. § 23 Nr. 1, § 29 Nr. 4, § 30 Nr. 2, § 711.

1. **Der § 710 der C. P. O. hat dem vertragsmäßigen Pfandgläubiger das Recht entzogen, der Pfändung einer Sache, in deren Besitz er sich nicht befindet, auf Grund seines Pfandrechts zu widersprechen und hat ihm dafür einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der gepfändeten Sachen eingeräumt. Ein solcher Anspruch steht dem vertragsmäßigen Pfandgläubiger zu, solange der Erlös als solcher noch vorhanden, also namentlich solange der Erlös bei Gericht hinterlegt ist, auf wessen Antrag diese Hinterlegung auch erfolgt sein mag.** Urtheil des O. L. G. zu Celle vom 4. April 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 194 S. 251. 252.

2. **Der Kommissionär, welcher das Kommissionsgut nicht in seinem Gewahrsam hat, sondern nur mittels eines Ladescheines (oder Konnossements oder Lagerscheines) darüber zu verfügen in der Lage ist, hat auf Grund des ihm nach Art. 374 H. G. B. zustehenden Pfandrechts ein Widerspruchsrecht gegen die Pfändung,** und ist es unrichtig, daß derselbe dieses Pfandrecht nur auf dem in § 710 C. P. O. vorgeschriebenen Wege der Klage geltend machen könne. Wenn der § 710 bestimmt, daß ein Dritter, welcher sich nicht im Besitze der Sache befindet, der Pfändung auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechtes nicht widersprechen, seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse jedoch im Wege der Klage geltend machen kann, so könnte es zwar mit Rücksicht auf den in den folgenden §§ 712. 713 a. a. O. gebrauchten Ausdruck „Gewahrsam" scheinen, daß auch hier unter „Besitz" nicht der juristische Besitz, sondern nur der Gewahrsam zu verstehen sei. Allein die Entstehungsgeschichte des § 710 ergibt das Gegentheil. Denn er ist in dem hier fraglichen Passus wörtlich aus dem norddeutschen Entwurfe herübergenommen, und aus den Protokollen zu demselben (S. 2016 und 2017)

Digitized by Google

geht mit aller Bestimmtheit hervor, daß **der Ausdruck „Besitz" beides — sowohl den juristischen Besitz als den Gewahrsam** — umfassen sollte, und daß eine Schmälerung der Rechte des Pfandgläubigers und Retentionsberechtigten, z. B. des ihnen nach Artt. 310 und 375 H. G. B. zustehenden Rechtes zum Selbstverkaufe, nicht beabsichtigt war, vielmehr vorausgesetzt wurde, daß der Gegenstand der Zwangsvollstreckung sich im Besitze oder Gewahrsam des Schuldners befinde. Auch wird diese Auslegung durch die Motive zu dem (dem § 710 entsprechenden) § 659 der Vorlage des Regierungsentwurfes einer Civilprozeßordnung insofern unterstützt, als hier anerkannt wird, daß der die Vollstreckung betreibende Gläubiger den Anspruch auf Herausgabe nur unter denselben Voraussetzungen und Beschränkungen geltend machen könne, wie der Schuldner selbst, die hier fragliche Bestimmung daher nicht gerechtfertigt sei, wenn der Gegenstand sich im Besitze des Pfandgläubigers befinde, da dann der Schuldner selbst nicht einmal thatsächlich in der Lage sein würde, denselben zu veräußern, während sich dies anders verhalte, soweit der Pfandgläubiger nicht im Besitze sei, wie dies z. B. bei der Pfandbestellung durch symbolische Tradition, bei der gemeinrechtlichen Hypothek und in Handelsverhältnissen nach Artt. 409 und 624 H. G. B. vorkommen könne. Endlich ergibt sich die Richtigkeit dieser Asleguung auch aus der sowohl dem § 710 als den §§ 712 und 713 C. P. O. zu Grunde liegenden ratio legis, daß die Zwangsvollstreckung in den Gewahrsam eines Dritten niemals wider dessen Willen eindringen soll. (Vgl. Struckmann und Koch, Kommentar Anm. 2 zu § 710; v. Wilmowsky und Levy, Anm. 1 zu § 710 und Seuffert, Kommentar (2. Aufl.) S. 843 ff.) (Die abweichende Ansicht von Seuffert a. a. O., nach welcher der Kommissionär, welcher nur mittels Ladescheines u. s. w. über das Gut verfügen kann, unter den § 710 C. P. O. fällt, entbehrt der Begründung.) — (R. G. 10. III. 83.) R. C. IX. (122.) 426—428.

3. **Das Pfandrecht des Kommissionärs „wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften" setzt nach Art. 374 H. G. B. nicht voraus, daß die geführte laufende Rechnung sich lediglich auf Kommissionsgeschäfte bezieht.** In dem Verhältnisse zwischen dem Beklagten und dem Kläger tritt der hinterlegte Geldbetrag an die Stelle des ursprünglichen Pfandobjektes und ist ein Verzicht des Klägers auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Pfandobjekte aus der bloßen Hinterlegung seitens Desjenigen, welcher unter Umständen einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung auch aus dem Erlöse des Pfandobjektes gehabt haben würde, nicht zu vermuthen. An sich kann vielmehr nur angenommen werden, daß die von Seiten eines Dritten, welcher sich im Besitze des mit Arrest belegten Gegenstandes befindet und welcher berechtigt sein würde, der Pfändung zu widersprechen, oder welchem doch ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse des gedachten Gegenstandes zusteht, erfolgte Hinterlegung der im Arrestbefehle festgesetzten Summe unter dem Vorbehalte geschieht, sein besseres Recht in derselben Weise an der hinterlegten Summe geltend machen zu können, wie ihm dies in Betreff des Erlöses des Pfandobjektes freigestanden hätte, wenn es zum Verkaufe desselben im Wege der Zwangsvollstreckung gekommen wäre. Der hinterlegte Betrag tritt daher auch in dieser Beziehung an die Stelle des Pfandobjektes. (R. G. 10. III. 83.) R. C. IX. (122.) 428. 429.

Digitized by Google

4. **Diejenigen Gegenstände, welche dem Zurückbehaltungsrechte des Vermiethers unterliegen, sind deßhalb allein von der gerichtlichen Pfändung nicht ausgeschlossen.** (R. G. 16. III. 83.) S. hierüber bei § 708 ad R. A. V. (76.) 186—188. R. St. VIII. (35.) 120. 121. A. VII. (113.) 414—416.

5. Der § 710 setzt Ansprüche eines Dritten auf vorzugsweise Befriedigung gegenüber dem pfändenden Gläubiger voraus, obwohl ein dem Pfandrecht desselben im Range vorgehendes Recht des Dritten nirgends ausdrücklich statuirt ist. Die §§ 40, 41 der K. O., 709 Abs. 2 der C. P. O. kennen bloß Rechte, welche mangels anderweit bestimmter Rangordnung als dem Pfändungspfandrecht in thesi gleichstehend anzusehen sind; zu diesen gehört auch **das Vorzugsrecht des Vermiethers.** Wenn nun dennoch der § 710 der C. P. O. besser berechtigte Ansprüche anerkennt, so können diese nur auf dem Umstande beruhen, daß sie bereits begründet waren, als das konkurrirende Pfandrecht durch die Pfändung zur Entstehung gelangte (vgl. v. Sarwey, Die K. O. S. 316; Seuffert, C. P. O. § 709 Anm. 2 b. a. E.). Ob zur Zeit der Pfändung die Miethforderung bereits vollständig fällig war oder nicht, ist ohne wesentliche Bedeutung, da § 41 Ziff. 4 der K. O. das Vorzugsrecht auch wegen des laufenden Zinses gewährt und § 710 Abs. 1 C. P. O. jenen Anspruch des Dritten auf vorzugsweise Befriedigung ohne Rücksicht auf die Fälligkeit der Forderung anerkennt. Urtheil des O. L. G. zu Celle vom 11. März 1881. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 251 S. 377. 378.

6. **Den Besitzern von Theilschuldverschreibungen österr. Eisenbahnen steht kein Anfechtungsrecht gegen Arreste und Pfändungen zu, die in Deutschland in das rollende Eisenbahnmaterial der betr. Bahn vollstreckt werden.** (R. G. 14. III. 83.) A. VII. (154.) 488—491.

7. **Der Hypothekengläubiger, dem das Grundstück mit Zubehör verpfändet war, kann bei dem Vertheilungsverfahren bezüglich des Erlöses aus den als bewegliche Sachen gepfändeten Zubehörstücken ein Vorzugsrecht nicht geltend machen.** In Folge des stattgehabten Verkaufes und der Trennung vom Grundstücke haben die vom Eigenthümer auf dieses verbrachten Gegenstände ihre Eigenschaft als unbewegliche Sachen verloren. Der Erlös aus denselben ist somit nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung (§§ 758 ff.) unter die pfändenden Gläubiger zu vertheilen. Dem Hypothekgläubiger steht außer dem ihm nach § 709 C. P. O. zukommenden Pfändungspfandrechte ein weiteres Vorzugsrecht aus dem Erlöse der verkauften beweglichen Sachen nicht zu. Da die verkauften Sachen durch den Verkauf bezw. die Trennung vom Grundstücke ihre Eigenschaft als Zubehör verloren haben, sind dieselben von da ab in jeder Beziehung, besonders auch, soweit die Vertheilung des Erlöses in Frage steht, als bewegliche Sachen zu behandeln. Auch ist nicht abzusehen, aus welchen Gründen der Hypothekargläubiger, dem an den beweglichen Sachen als solchen keinerlei Recht zusteht (Art. 2119 des bürgerlichen Gesetzbuches), bei der Vertheilung des Erlöses aus demselben ein Vorzugsrecht soll geltend machen dürfen. In Rechtslehre und Rechtsprechung ist denn auch diese Auffassung nur in sehr vereinzelten Fällen zur Anwendung gebracht worden. Durch § 710 C. P. O. und § 1 des preußischen Gesetzes vom 4. März 1879 wird hieran nichts geändert. Ersterer bezieht

Digitized by Google

sich überhaupt nur auf Vorzugsrechte, welche an den beweglichen Sachen als solchen bestehen. Beide Vorschriften wollen jedenfalls nicht ein Vorzugsrecht für den Fall einräumen oder aufrechterhalten, daß das dem Hypothekargläubiger als solchem zustehende Vorzugsrecht erlöschen ist, sondern setzen ein zu Recht bestehendes Vorzugsrecht voraus. Ebensowenig ist der Erlös aus den als bewegliche Sachen verkauften Zubehörstücken zur Immobiliarmasse zu rechnen. (R. G. 15. IV. 87.) R. C. XVII. (77.) 325. 326.

8. **Unpfändbarkeit beweglicher Hypothekobjektszugehörungen.** (B. O. L. 11. XII. 83 u. 27. XII. 83.) S. bei § 757 ad S. X. (99. I. u. II.) 262—268.

9. **Die Anfechtungsklage des Konkursverwalters gegen ein Vollstreckungsverfahren ist dem Gemeinschuldner und dessen das Vollstreckungsverfahren betreibenden Gläubigern** (den Parteien des Vorprozesses) **gegenüber die im § 690 der R. C. P. O. vorgesehene Klage, nicht diejenige der §§ 710, 765 der R. C. P. O.** (R. G. 8. III. 81.) S. hierüber bei § 690 ad A. III. (121.) 427—431.

10. **Der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse gepfändeter Sachen kann nach Empfangnahme des Erlöses seitens des Gerichtsvollziehers nicht mehr geltend gemacht werden.** Die Voraussetzung einer auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse gepfändeter Gegenstände gerichteten Klage nach § 710 der C. P. O. ist die, daß die gepfändeten Gegenstände oder doch der Verkaufserlös *als solcher* noch vorhanden, also noch nicht in den Besitz der pfändenden Gläubiger übergegangen ist; denn der Anspruch aus § 710 der C. P. O. wird gegenstandslos, sobald kein Pfandobjekt, kein Pfanderlös mehr vorhanden ist. Nun bestimmt aber der § 720 der C. P. O., daß die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung von Seiten des Schuldners gilt, und daraus folgt, daß der Gerichtsvollzieher an Stelle des pfändenden Gläubigers den Verkaufserlös in Empfang nimmt. Freilich hat das O. L. G. zu Celle in einem in *Seuffert's* Archiv Bd. 36 Nr. 247 mitgetheilten Fall im entgegengesetzten Sinn entschieden, indem es davon ausgeht, daß die Bestimmung des § 720 ebenso wie der insoweit übereinstimmende § 716 Abs. 2 der C. P. O. nur das Verhältniß zwischen Schuldner und Gläubiger ordnen und lediglich zum Ausdruck bringen wolle, daß nunmehr der Schuldner befreit, und die Gefahr des vom Gerichtsvollzieher in Empfang genommenen Geldes auf den Gläubiger übergegangen sei, daß dieselbe aber eine weitere Bedeutung nicht habe und insbesondere über das Verhältniß der Gläubiger unter einander keinerlei Anordnung treffen wolle. Diese Unterscheidung ist aber nicht zutreffend. Der Wortlaut des Gesetzes bietet keinen Anhalt für dieselbe und der Sinn der Gesetzesbestimmung steht derselben entgegen; denn wenn die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung von Seiten des Schuldners gelten und der Schuldner dadurch liberirt werden soll, so ist das eben nur möglich, wenn das den Verkaufserlös bildende Geld durch die Empfangnahme abseiten des Gerichtsvollziehers sofort dem Gläubiger erworben wird und in dessen Vermögen übergeht. Mit der erfolgten Zahlung von Seiten des Schuldners ist aber selbstverständlich die Zwangsvollstreckung beendet und daraus folgt,

Digitized by Google

daß andere Gläubiger hinterher an dem bereits in das Vermögen des ersteren Gläubigers übergegangenen Erlös keine Rechte mehr erwerben können. So sprechen auch die Motive zu §§ 665—669 (jetzt §§ 716—720) ausdrücklich aus, daß durch die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher die Anschlußpfändungen zu Gunsten anderer Gläubiger ausgeschlossen werden; ganz dasselbe muß aber von der Geltendmachung des Anspruchs auf vorzugsweise Befriedigung gelten, der ebenso wie die Anschlußpfändung zur Voraussetzung hat, daß ein Pfändungsobjekt, sei es nun die gepfändete Sache selbst oder doch mindestens der Verkaufserlös als solcher noch vorhanden sei. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 14. Februar 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 367 S. 483. 484.

11. **Die Klage des besser berechtigten Gläubigers auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse eines Pfandstückes (§ 710 C. P. O.) kann bei dem Vollstreckungsgerichte nicht mehr angestellt werden, wenn der Erlös dem Gläubiger, welcher die Pfändung bewirkt hat, ausgezahlt ist.** § 710 der C. P. O. bestimmt im Abs. 1, daß bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen wegen einer Geldforderung ein Dritter, welcher sich nicht im Besitze der Sache befindet, der Pfändung auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechts nicht widersprechen, jedoch seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse im Wege der Klage geltend machen kann, ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung fällig ist oder nicht. Danach hat das Gesetz dem angeblich besser berechtigten Gläubiger die Befugniß, in das Pfändungsverfahren einzugreifen und dasselbe zum Stillstand zu bringen, entzogen. Andererseits ist ihm ein von der Fälligkeit seiner Forderung unabhängiges Klagerecht auf den Erlös gegeben. Die Motive zu dem Gesetze (S. 425) sagen: Soweit sich dagegen der Pfandgläubiger nicht im Besitze befindet, fordert die Rücksicht auf den energischen Betrieb der Zwangsvollstreckung, daß das Pfandrecht den Fortgang der Exekution nicht hemmen darf. Der Entwurf hat daher in Uebereinstimmung mit dem norddeutschen Entwurfe § 972 dem nicht besitzenden Pfandgläubiger den Widerspruch gegen die Pfändung versagt und sein dingliches Recht in einen prioritätisch zu befriedigenden Anspruch auf den Erlös verwandelt. Die hierdurch dem Gläubiger gegebene Klage soll nach § 710 Abs. 2 a. a. O. bei dem Vollstreckungsgerichte, bezw. dem Landgerichte, in dessen Bezirke das Vollstreckungsgericht seinen Sitz hat, angestellt werden. Daß die sonach dem Vollstreckungsgerichte beigelegte ausnahmsweise Zuständigkeit nur eintritt, wenn das Vollstreckungsverfahren noch nicht definitiv beendigt ist, dafür spricht deutlich der Ausdruck: „Erlös". Denn von einem Erlöse kann man nicht mehr reden, wenn der Kaufpreis an den Gläubiger ausgehändigt und dadurch in sein eigenthümliches Vermögen übergegangen ist. Zu einer solchen beschränkenden Auslegung des Gesetzes führt auch die Erwägung, daß nach Abs. 1 a. a. O. die Klage des nicht besitzenden Gläubigers von der Fälligkeit der Forderung unabhängig sein soll. Solange ein Prioritätsstreit mehrerer Gläubiger über den noch nicht abgelieferten Erlös möglich ist, entspricht es der Billigkeit, hierbei die Ansprüche der Gläubiger, sofern sie überhaupt existiren, auch wenn sie nicht fällig sind, zuzulassen. Weßhalb aber der Gesetzgeber eine gleiche Ausnahme von der Regel für die Klage des an-

Digitized by Google

geblich besser berechtigten Gläubigers gegen Denjenigen, welcher den Erlös empfangen hat, angeordnet haben sollte, ist nicht ersichtlich. (S. v. Wilmowsky und Levy, Kommentar zur Civilprozeßordnung § 710 Anm. 3, 3. Ausg. S. 845; L. Seuffert, § 710 Anm. 3 c., 2. Ausg. S. 846 und Gaupp, Zwangsvollstreckung § 710 Nr. IV S. 238.) — (R. G. 5. VII. 84.) R. C. XII. (105.) 370—372.

Offenbarungseid.

§ 711. **§ 711.**

Hat die Pfändung zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt oder macht dieser glaubhaft, daß er durch Pfändung seine Befriedigung nicht vollständig erlangen könne, so ist der Schuldner auf Antrag verpflichtet, ein Verzeichniß seines Vermögens vorzulegen, in Betreff seiner Forderungen den Grund und die Beweismittel zu bezeichnen, sowie den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er sein Vermögen vollständig angegeben und wissentlich nichts verschwiegen habe.

§§ 784, 795.

1. Das Wort „**Vermögen**" ist ein mehrdeutiger Begriff. Bald versteht man darunter nur Dasjenige, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt, und in diesem Sinne ist das Wort nach der ausdrücklichen Bestimmung jener als verletzt bezeichneten Vorschrift im Anhange zum A. L. R. § 19 zu § 646 a. a. O. für den dort näher angegebenen Fall gebraucht, bald bezeichnet man damit den Inbegriff aller in Geld anzuschlagenden Rechte und Verpflichtungen eines Menschen (vgl. z. B. Art. 28 H. G. B.'s; § 209 Nr. 4, 210 Nr. 2 u. 3 K. O.), bald wird darunter **nur das Aktivvermögen, d. h. der Inbegriff der Vermögensrechte**, verstanden (vgl. z. B. Art. 29 Abs. 1 H. G. B.'s; §§ 263. 288 St. G. B.'s). In diesem letzteren Sinne ist das Wort „Vermögen" auch im § 711 C. P. O. gebraucht. Der Offenbarungseid ist ein Sicherungsmittel für den Gläubiger, welcher durch denselben thunlichst dagegen geschützt werden soll, daß nicht Gegenstände, welche möglicherweise zur Befriedigung seiner Forderung dienen können, der Zwangsvollstreckung entzogen werden. Die etwaigen Verpflichtungen des Schuldners Dritten gegenüber haben für ihn kein Interesse. **Daß nun zu dem Vermögen in diesem Sinne, dem Aktivvermögen, im Allgemeinen auch die Forderungen des Schuldners an Dritte gehören, ist unbestreitbar, da auch Forderungen Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein können.** (R. G. 21. IV. 82.) R. St. VI. (75.) 208. R. A. IV. (175.) 374. 375.

2. **Der Schuldner ist im Zwangsvollstreckungsverfahren verpflichtet, auch solche Forderungen in das von ihm vorzulegende Vermögensverzeichniß aufzunehmen, welche von einer vorgängig von ihm zu beschaffenden Gegenleistung abhängig, bezw. auch solche, welche nach § 749 C. P. O. der Pfändung nicht unterworfen sind.** Im ersteren Falle ist davon auszugehen, daß, wenn eine Forderung im rechtlichen Sinne des Wortes durch eine Gegenleistung bedingt, oder von einer vorgängigen Gegenleistung abhängig ist, dieselbe in dem einen wie in dem anderen Falle existent und damit an sich ein möglicher Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist.

Digitized by Google

Letzteres ergibt sich speziell aus der Bestimmung des § 743 C. P. O., nach welcher, wenn die gepfändete Forderung eine bedingte oder betagte oder eine wegen ihrer Abhängigkeit von der Gegenleistung schwer einziehbare ist, das Gericht auf Antrag an Stelle der Ueberweisung eine andere Art der Verwerthung anordnen kann. Was sodann letzteren Fall anlangt, so ist zu bemerken, daß auch Sachen und Forderungen, welche der Pfändung nicht unterliegen, zum Vermögen des Schuldners gehören, und da das Gesetz verlangt, daß der Schuldner sein Vermögen vollständig anzugeben habe, so müssen auch konsequent die Sachen, welche der Pfändung nicht unterliegen, mit verzeichnet werden. Das Gegentheil würde auch dahin führen, dem Schulder allein die Bestimmung darüber zu überlassen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen, welche die Anwendung der §§ 715 und 749 C. P. O. rechtfertigen, vorliegen. Dies hat offenbar der Gesetzgeber vermeiden wollen, indem er dem Schuldner die vollständige Angabe seines Vermögens zur Pflicht machte. (R. G. 21. IV. 82.) R. St. VI. (75.) 209—210. R. A. IV. (175.) 376. 377.

3. **Forderungen des Schuldners, denen Kompensationsposten des Drittschuldners gegenüberstehen, sind nicht ohne Weiteres werthlos und sind daher in das Vermögensverzeichniß aufzunehmen.** (R. G. 1. II. 82.) A. V. (85.) 228—230.

4. **Ein mündlich vereinbartes Privatgehalt gehört zu dem Vermögen, welches bei Leistung des Offenbarungseides ohne Rücksicht darauf, ob und inwieweit es einer Beschlagnahme unterliegt, angegeben werden muß.** (R. G. 21. IV. 82.) R. St. VI. (75.) 209. R. A. IV. (175.) 375.

5. Nach der Gestaltung, welche der Manifestationseid in der gemeinrechtlichen Praxis erhalten hatte, galt der Eid nur als ein Mittel, durch welches der Gläubiger gegen arglistige Hinterziehungen des Schuldners gesichert werden, und daß der Schuldner durch den Eid nur seinen guten Glauben darthun sollte. Denn in den Fällen, in welchen er überhaupt zur Anwendung gebracht werden konnte — und dazu gehörte insbesondere auch der Fall, in welchem eine Zwangsvollstreckung nicht zur Befriedigung des Gläubigers geführt hatte, — war er an die Voraussetzung geknüpft, daß seitens des Gläubigers Gründe angegeben und nöthigenfalls bescheinigt wurden, welche dem Verdachte Raum gaben, daß der Schuldner Sachen verheimlicht oder bei Seite geschafft habe. Zur Beseitigung dieses Verdachtes sollte der Manifestationseid dienen. Der Manifestationseid hat jedoch für den Fall seiner Anwendung im Zwangsvollstreckungsverfahren seinen früheren Charakter wesentlich dadurch verändert, daß, wie vorher schon in einzelnen Partikularrechten, so jetzt nach dem § 711 C. P. O. allgemein **die Zulässigkeit desselben nicht mehr an die Bescheinigung des Verdachtes eines böswilligen Verhaltens des Schuldners geknüpft, sondern allein von der Voraussetzung abhängig gemacht** ist, **daß die Pfändung zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat.** Danach erscheint der Manifestationseid nicht mehr bloß als ein Mittel, durch welches der Gläubiger gegen böswillige Handlungen seines Schuldners geschützt werden, sondern als ein Mittel, welches dem Gläubiger thunlichste Sicherheit dafür geben soll, daß ihm objektiv keine Vermögensstücke vorenthalten werden, welche ihm Befriedigung wegen

Digitized by Google

seiner Forderung gewähren können. Es ist zwar zuzugeben, daß es an sich sehr wohl denkbar ist, einerseits den Manifestationseid im Zwangsvollstreckungsverfahren lediglich an die Voraussetzung der Erfolglosigkeit einer Zwangsvollstreckung zu knüpfen, andererseits aber ihm eine Fassung zu geben, nach welcher der Schuldner nur seinen guten Glauben zu beschwören hat. Ein derartiger Rechtszustand bestand z. B. in Preußen im Gebiete der allgemeinen Gerichtsordnung. Die Verpflichtung des Schuldners zur Ableistung des Manifestationseides war lediglich bedingt durch die Erfolglosigkeit der Exekution (A. G. O. I. 22. § 29 Nr. 4; § 11 der Verordnung vom 4. März 1834 über die Exekution in Civilsachen). Gleichwohl aber hatte derselbe nur seinen guten Glauben zu beschwören, wie sich daraus ergibt, daß nach § 33 A. G. O. I. 22 der Eid allemal das Versprechen enthalten mußte, „wenn sich in der Folge ergeben sollte, daß etwas außer Acht gelassen worden sei, davon noch getreulich Anzeige zu thun". Allein **die deutsche Civilprozeßordnung** steht nicht auf diesem Standpunkte. Sie **hat den promissorischen Theil des Offenbarungseides fallen lassen und damit dem Schuldner die uneingeschränkte Verpflichtung auferlegt, nicht bloß nichts wissentlich zu verschweigen, sondern auch sein Vermögen vollständig anzugeben, und daß er dies gethan habe, eidlich zu erhärten.** Daß der Gesetzgeber damit den Schuldner zur Diligenz hat verpflichten wollen, ergibt sich aus der Fassung des Eides und aus den Motiven der Civilprozeßordnung. Wäre es die Absicht gewesen, daß der Schuldner lediglich seinen guten Glauben beschwören sollte, so wäre der erste Theil der Eidesnorm ganz entbehrlich gewesen, oder es hätte jene Absicht auch in diesem Theile zum Ausdrucke gebracht werden und dieser etwa dahin lauten müssen, „daß er *seines Wissens* sein Vermögen vollständig angegeben . . . . . habe". Daß im zweiten Theile ausdrücklich hinzugefügt wird: „und wissentlich nichts verschwiegen habe", kann ein Bedenken nicht erregen, da dies offenbar lediglich geschehen ist, um das Gewissen des Schwörenden in dieser Richtung besonders zu schärfen. Auch die Motive der Civilprozeßordnung sprechen für diese Auffassung. Zunächst kann aus der Bemerkung im Eingange derselben (vgl. die Motive zum § 660 Entw. S. 426), daß der Zwang zur eidlichen Manifestation des Vermögens sich als ein geeignetes Mittel wirksamer Rechtsverfolgung gegen Schuldner erwiesen habe, welche ihr Vermögen den Angriffen der Gläubiger *arglistig* zu entziehen suchen, nicht gefolgert werden, daß der Eid *nur* zum Schutze gegen die Arglist des Schuldners gegeben ist, da bei dieser Voraussetzung es legislatorisch mindestens bedenklich sein würde, den Offenbarungseid allgemein für zulässig zu erklären. Auf der anderen Seite aber läßt der für die Weglassung des promissorischen Theiles des Eides in den Motiven angegebene Grund, derselbe sei geeignet, den assertorischen Theil des Eides abzuschwächen, klar erkennen, daß der Gesetzgeber durch die dem Eide gegebene Fassung den Schuldner zur Diligenz verpflichten wollte und es nicht für genügend erachtet hat, daß der Schuldner nur Dasjenige angebe, von dem er weiß, daß es zu seinem Vermögen gehört, sondern auch Dasjenige, von dem er bei Anwendung der ihm möglichen Sorgfalt hätte wissen müssen, daß es in das Vermögensverzeichniß aufzunehmen sei. (R. G. 21. IV. 82.) R. St. VI. (75.) 206—208. R. A. IV. (175.) 372—374.

Digitized by Google

II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

1. Pfändung.

§ 712.

§ 712.

Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt.

Im Gewahrsam des Schuldners sind die Sachen nur, wenn der Gläubiger einwilligt oder wenn ein anderes Verfahren mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, zu belassen. In demselben Falle ist die Wirksamkeit der Pfändung dadurch bedingt, daß durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise die Pfändung ersichtlich gemacht ist.

Der Gerichtsvollzieher hat den Schuldner von der geschehenen Pfändung in Kenntniß zu setzen.

St. G. B. § 137.

1. Der Natur der Sache und der geschichtlichen Entwickelung entsprechend liegt **das Wesen des sog. richterlichen Pfandrechtes in der kraft amtlicher Gewalt bewirkten Besitzergreifung des Gegenstandes der Zwangsvollstreckung.** In Uebereinstimmung hiermit stellt C. P. O. im ersten Absatze des § 712 den Satz an die Spitze: „Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen — beweglichen — Sachen wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt." Mittels dieses Aktes ist die betreffende Sache gepfändet, der Verfügung des bisherigen Inhabers entzogen und der amtlichen Verfügung unterworfen. Der 2. Absatz des § 712 C. P. O. unterstellt ebenwohl eine durch die Besitznahme vollzogene „Pfändung". **Wenn aber die „Wirksamkeit" der Pfändung durch eine äußere Kennzeichnung der stattgehabten Pfändung bedingt wird, so tritt bei Verabsäumung dieser formellen Vorschrift für den Gläubiger der sonstige Erwerb eines im Verhältnisse zu anderen Gläubigern einem vertragsmäßigen Faustpfandrechte gleichwerthigen Pfandrechtes** (C. P. O. § 709, K. O. § 41) **nicht ein.** (R. G. 16. IX. 80.) R. St. II. (93.) 232. R. A. II. (107.) 213—215. A. II. (117.) 302. 303.

2. **Die Bestimmungen des § 712 Abs. 1 und 2 der R. C. P. O. sind, bei Vermeidung der Ungültigkeit der Pfändung, genau zu beachten. Es muß also eine wirkliche Besitzergreifung sowohl als eine Ersichtlichmachung der Pfändung (Aussonderung der Pfänder) erfolgen.** Eine genaue Beobachtung der Vorschriften im § 712 ist Bedingung der Rechtswirksamkeit der Pfändung; eine laxe Handhabung derselben verbietet sich mit Rücksicht auf die erheblichen materiellen Folgen einer ordnungsmäßigen Pfändung, indem die Begründung eines Pfändungspfandrechts und des Absonderungsrechts im Konkurse davon abhängt. Die Motive zu §§ 661, 662 des neuesten Entwurfs ergeben auch, daß beabsichtigt ist, das Pfändungspfandrecht möglichst analog dem konventionellen Faustpfandrechte zu gestalten, daß daher nicht der bloße Wille des Schuldners, die Pfandstücke als gepfändete und vom Gerichtsvollzieher besessene in seinem Gewahrsam zu halten, genügt, vielmehr eine wirkliche Besitzergreifung, eine für Dritte erkennbare Veränderung des thatsächlichen Verhältnisses des Schuldners zur Sache hat erfordert werden sollen. Zur Vergleichung mögen auch die Bestimmungen des Preuß. Allg. L. R. I, 20

Digitized by Google

§§ 274, 336 ff. in Bezug genommen werden. (R. G. 3. III. 83.) A. VII. (155.) 491—493.

3. Die Art der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen ist durch §§ 708 ff. C. P. O. einheitlich geregelt. Sie erfolgt durch Pfändung. Durch dieselbe erwirkt der Gläubiger an dem gepfändeten Gegenstande ein Pfandrecht, welches dieselben Rechte gewährt, wie ein durch Vertrag erlangtes Faustpfandrecht, § 709 a. a. O., § 41 Nr. 9 K. O. In Betreff der Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen bestimmt der § 712 C. P. O. besonders: „Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt. Im Gewahrsam des Schuldners sind die Sachen nur, wenn der Gläubiger einwilligt oder wenn ein anderes Verfahren mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, zu belassen. In demselben Falle ist die Wirksamkeit der Pfändung dadurch bedingt, daß durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise die Pfändung ersichtlich gemacht wird." **Wie es zum Erwerb eines Faustpfandrechts der wirklichen Besitzübertragung von Seiten des Verpfänders auf den Pfandnehmer bedarf und eine bloße Willenserklärung des Verpfänders (ein constitutum possessorium) nicht genügt** (Pr. A. L. R. I. 20. § 105; Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 2 S. 632), **so ist hiernach zur Erlangung eines richterlichen Pfandrechts (pignus judiciale) an körperlichen Sachen die wirkliche Besitznahme des gepfändeten Gegenstandes durch den Vollstreckungsbeamten für den Gläubiger erforderlich; bloße Erklärungen des Beamten, daß die Pfändung gewisser verzeichneter Sachen erfolge, bezw. Untersagungen der Verfügung darüber, sind ohne rechtliche Wirkung.** Der erste Absatz des § 712 enthält die Regel: Zur Ausführung der Pfändung gehört die Entfernung der Sachen aus dem Gewahrsam des Schuldners; vgl. § 66 der preuß. Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher vom 24. Juli 1879 (pr. J. M. Bl. Nr. 31). Der zweite Absatz des § 712 gestattet in den hervorgehobenen Fällen ausnahmsweise, daß die gepfändeten Sachen im Gewahrsam des Schuldners belassen werden. Der allgemeine Grundsatz, daß zur Erlangung des Pfandrechts die Besitznahme der Sache nöthig ist, hat aber dadurch keine Aenderung erfahren. Die Besitznahme durch den Vollstreckungsbeamten ist die Voraussetzung. Außerdem ist die Erkennbarmachung der Pfändung durch die Anlegung von Siegeln oder auf andere Weise vorgeschrieben. Die Motive zum Entwurf der C. P. O. bestätigen diese Auffassung. Nachdem besonders geltend gemacht ist, daß die mit der Pfändung (nach § 709 Abs. 3) eintretende Wirkung auf die Form der Ausführung derselben zurückwirken müsse, daß zur Begründung eines dem Faustpfande gleichstehenden richterlichen Pfandrechts bloße Beschlagnahme der zu pfändenden körperlichen Sachen nicht ausreichen könne, heißt es: „Die Belassung der Gegenstände in dem Gewahrsam des Schuldners kann dabei nicht unbedingt ausgeschlossen werden. Erforderniß der Wirkung ist aber auch dann, daß zunächst die Besitznahme erfolgt, und außerdem, daß dieselbe rechtlich charakterisirt, die Pfändung ersichtlich gemacht wird. Der bloße Wille des Schuldners, die Gegenstände als gepfändete und von dem Gerichtsvollzieher besessene in seinem Gewahrsam zu haben, kann weder die körperliche Besitzergreifung noch die Fortdauer des vom

Digitized by Google

Gerichtsvollzieher ergriffenen Besitzes ersetzen. Die Aufhebung der Erkennbarkeit würde der Aufhebung des von dem Gerichtsvollzieher ergriffenen Besitzes gleichstehen. Das Anlegen der Siegel ist ein allgemein anerkanntes Zeichen der Pfändung (vgl. Strafgesetzbuch § 136); andere Maßnahmen sind, wenn sie den Zweck erfüllen, nicht ausgeschlossen." (Vgl. Hahn, Materialien zur C. P. O. S. 452. 453.) Dementsprechend ist in § 71 der gedachten preußischen Instruktion für die (im Pfändungsprotokolle darzulegenden) beiden Ausnahmefällen nach dem fraglichen Absatz 2 namentlich angeordnet, „daß der Gerichtsvollzieher, um die Pfändung wirksam zu machen, den Besitz an den Pfandstücken zu ergreifen und die Pfändung durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise ersichtlich zu machen hat; daß die Anlage der Siegel oder die sonstigen Vorkehrungen so geschehen müssen, daß rücksichtlich jedes einzelnen Pfandstückes die erfolgte Pfändung ersichtlich gemacht wird, und daß, wenn wegen Beschaffenheit der Pfandstücke die Anlegung von Siegeln überhaupt nicht ausführbar ist oder dadurch die Erkennbarkeit der erfolgten Pfändung sich nicht erreichen läßt, die Pfändung durch Beiheftung einer schriftlichen mit der Unterschrift des Gerichtsvollziehers versehenen Anzeige in unmittelbarer Nähe der Pfandstücke an einer in die Augen fallenden Stelle oder durch sonstige geeignete Maßnahmen (Pfandtafeln, § 83), thunlichst unter entsprechender Mitanwendung des Dienstsiegels, für Jedermann erkennbar zu machen, auch erforderlichenfalls ein Hüter zu bestellen ist." (R. G. 29. IX. 81.) R. St. V. (10.) 36—38. R. A. III. (259.) 552—555.

4. Eine Pfändung wird nach § 712 dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher die betreffenden Sachen in Besitz nimmt. Wie die Motive ergeben, hat **die Besitznahme der zu pfändenden Sachen** durch den Gerichtsvollzieher als **ein wesentliches Erforderniß der Pfändung** aufgestellt werden sollen. Da nach § 709 der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande erwirbt, welches ihm dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht gewährt, es zum Erwerbe eines Faustpfandrechtes aber **nothwendig** ist, **daß die Sache in den körperlichen Gewahrsam des Gläubigers gelangt, und eine bloße Willenserklärung des Verpfänders dazu nicht ausreicht, so ist auch eine Pfändung nur dadurch für erfolgt zu erachten, daß der Gerichtsvollzieher die zu pfändenden Gegenstände für den Gläubiger wirklich in Besitz nimmt.** Wenn auch nach § 712 Abs. 2 die Belassung der gepfändeten Gegenstände in dem Gewahrsam des Schuldners nicht unbedingt ausgeschlossen ist, so bleibt es doch auch in einem solchen Falle ein wesentliches Erforderniß für die Wirkung der Pfändung, daß zunächst die Besitznahme für den Gläubiger erfolgt und diese auf eine erkennbare Weise ersichtlich gemacht wird. Bloße Erklärungen des Gerichtsvollziehers, daß verschiedene Sachen mit Beschlag belegt werden, und die Verfügung über dieselben untersagt wird, sind ohne rechtliche Wirkung. (R. G. 21. IV. 82.) R. St. VI. (81.) 229. 230. R. A. IV. (174.) 370. 371. (S. auch R. G. 18. IV. 82 in R. St. VI. (68.) 185.)

5. Die Motive des Gesetzentwurfs S. 426, 427 zu § 712 der C. P. O. bemerken ausdrücklich, daß eine bloße, d. h. durch mündliche Eröffnung vollzogene Beschlagnahme der zu pfändenden körperlichen Sachen

Digitized by Google

bei dem Schuldner ebensowenig ausreiche, wie die Bestellung eines Hüters, wenn nicht in dem natürlichen Verhältnisse des Schuldners zur Sache zugleich eine Veränderung eintrete und die Besitznahme erfolge, daß dagegen die Mittheilung von dem Akte an den Schuldner für die Besitznahme selbst, welche für sich allein jede weitere Verfügung des Schuldners ausschließt, nur nebensächlich und nur durch Rücksichten zu Gunsten des letzteren geboten seien (Entsch. Bd. 6 S. 227, Rechtspr. Bd. 4 S. 369). **Wenn es nun ein Erforderniß der Pfändung ist, daß die körperliche Besitzergreifung erfolgt, so hängt doch noch die Fortdauer der Wirkung letzterer davon ab, daß diese als vollzogen erkennbar gemacht wird.** Darauf aber kommt es bis zur Befriedigung des Gläubigers, für welchen die Pfändung bewirkt wird, gerade an, daß der Besitzergreifung die Wirksamkeit gewahrt und forterhalten werde. Die Motive äußern sich am angezogenen Orte hierüber dahin, daß der bloße Wille des Schuldners, die Gegenstände als gepfändete und vom Gerichtsvollzieher besessene anzusehen, weder die körperliche Besitzergreifung, noch die Fortdauer des von diesem ergriffenen Besitzes ersetzen können und daß darum die Aufhebung der Erkennbarkeit der Aufhebung des vom Gerichtsvollzieher ergriffenen Besitzes gleichstehen würde. (R. G. 11. X. 83.) R. A. V. (225.) 590.

6. **Es genügt zur Besitzergreifung eines Exekutionsobjekts durch den Gerichtsvollzieher, wenn derselbe unter Hinweis auf ein vorhandenes Objekt dessen Besitzergreifung erklärt und Protokoll darüber errichtet, auch wenn er sich sofort entfernt, um Leute behufs Wegschaffung des Objekts herbeizuholen und dies dem Schuldner eröffnet.** Zum Erwerbe des Besitzes auch beweglicher Sachen ist eine körperliche Berührung der letzteren nicht erforderlich; es kann vielmehr die in Gegenwart der Sache erfolgende Bekundung des auf Besitzergreifung gerichteten Willens genügen. Hiermit stimmen überein die Rechtsnormen des gemeinen Rechtes über die Besitzergreifung; insbesondere fr. 1 § 21 D. (41/2), (vgl. v. Savigny, Recht des Besitzes §§ 14, 16—18 ꝛc.). Allerdings müssen die Umstände so beschaffen sein, daß zugleich die thatsächliche Verfügungsgewalt auf den Erklärenden übergeht, bezw. daß derselbe in der Lage ist, nach Belieben auf die Sache einzuwirken. Diese Voraussetzungen aber sind bei einer Pfändung gegeben, da der Gerichtsvollzieher kraft der ihm durch das Gesetz eingeräumten Autorität in die Lage versetzt ist, der von ihm in Gegenwart der gepfändeten Sache abgegebenen Erklärung, daß er dieselbe in Besitz genommen habe, Geltung und Wirksamkeit zu verschaffen (vgl. § 678 C. P. O.). Die C. P. O. hat besondere Normen über die Besitzergreifung selbst nicht aufstellen wollen und nicht aufgestellt; es bleiben hierfür die einschlägigen Privatrechtsnormen maßgebend. Die Vorschriften des § 712 Abs. 2 der C. P. O. finden hier deßhalb keine Anwendung, weil der Gerichtsvollzieher die Sachen nicht im Sinne dieser Gesetzesstelle in Gewahrsam des Schuldners belassen, und dem Schuldner dieses eröffnet hat. (Entscheidung des III. Strafsenats des Reichsgerichts vom 12. Oktober 1885.) R. A. VII. (245.) 572 ff.

7. **Das Gutsinventarium und die Gutsvorräthe können, so lange sie nicht von den Grundstücksgläubigern in Beschlag genommen sind, gleich anderen beweglichen Sachen zum Gegenstande der Exekution gemacht werden.**

Digitized by Google

(R. G. 21. IV. 82.) S. hierüber bei § 709 ad R. St. VI. (81.) 228. 229. R. A. IV. (174.) 370.

8. Die Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen ist davon bedingt, daß die Sachen sich im Gewahrsam des Schuldners befinden und zwar in ausschließlichem Gewahrsam. Die unmittelbare Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen ist ausgeschlossen, wenn ein Dritter — abgesehen vom Gläubiger selbst — den Gewahrsam der Sache, sei es allein oder auch nur in Gemeinschaft mit dem Schuldner hat und der Dritte nicht zur Herausgabe bereit ist (§§ 712, 713 der C. P. O.). In einem solchen Falle **können ideelle Antheile von Mobilien nicht gepfändet werden.** Beschluß des O. L. G. zu Jena vom 28. September 1882. Blätter für Rechtspfl. in Thüringen 2c. Bd. 30 S. 111. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 79 S. 118. 119.

9. **Auch an dem ideellen Antheil eines Miteigenthümers an einer körperlichen Sache ist eine Zwangsvollstreckung möglich.** Der ideelle Antheil als solcher ist aber überall keine selbständige körperliche Sache, sondern nur ein intellektueller, gedachter, Theil derselben (Windscheid, Pand. Bd. 1 § 146). Schon deßhalb finden die Bestimmungen der §§ 712 ff. der C. P. O. über die Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen hier keine Anwendung. Die Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung in dem ideellen Antheil eines Miteigenthümers an einer körperlichen Sache sind ganz andere. Mag bei einer solchen Zwangsvollstreckung der ideelle Antheil als solcher verkauft oder möglicherweise der Verkauf der ganzen Sache dem Miteigenthümer gegenüber erzwungen werden, so kann sich das desfällige Verfahren in keiner Weise in den einfachen Formen des vom Gerichtsvollzieher einzuleitenden Pfändungsverfahrens entwickeln. Es handelt sich dabei vielmehr um Pfändung eines vermögensrechtlichen Anspruchs, dessen Geltendmachung noch ein weiteres Verfahren nöthig macht. Dafür sind die nachfolgenden Bestimmungen der C. P. O. maßgebend. Urtheil des O. L. G. zu Kiel vom 4. Dezember 1882. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 72 S. 111.

10. **Die Abholung nicht ordnungsmäßiger gepfändeter Sachen aus dem Gewahrsam des Schuldners zur Pfandkammer macht die ungültige Pfändung nicht gültig.** (R. G. 7. VI. 82.) A. VI. (31.) 146.

11. **Die Pfändung, soweit selbige weder durch Anlegung von Siegeln, noch in anderer Weise ersichtlich gemacht worden ist, gewährt dem Gläubiger, in dessen Auftrag sie vollzogen ist, ein Pfandrecht nicht.** Es folgt dieses aus dem § 712 Abs. 2 der R. C. P. O., welcher lautet: „Im Gewahrsam des Schuldners sind die Sachen nur, wenn der Gläubiger einwilligt oder wenn ein anderes Verfahren mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, zu belassen. In demselben Falle ist die Wirksamkeit der Pfändung dadurch bedingt, daß durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise die Pfändung ersichtlich gemacht ist." Schon der Wortlaut dieser Vorschrift ergibt, daß eine Pfändung keine civilrechtliche Wirkung äußert, wenn die Sachen im Gewahrsam des Schuldners gelassen werden und eine Kenntlichmachung der Pfandsachen als solcher unterbleibt. Bestätigt wird diese Auslegung durch die Motive. In diesen (zu §§ 661, 662 des Entwurfs) heißt es: „Die mit der Pfändung nach § 658 (§ 709 der R. C. P. O.) eintretende Wirkung muß auf die Form

Digitized by Google

der Ausführung derselben zurückwirken. Zur Begründung eines dem Faustpfande gleichstehenden Pfandrechts kann eine bloße Beschlagnahme der zu pfändenden körperlichen Sachen bei dem Schuldner ebensowenig ausreichen, wie die Bestellung eines Hüters, wenn nicht zugleich in dem natürlichen Verhältnisse des Schuldners zur Sache eine Veränderung eintritt. Wie zur Erwerbung des vertragsmäßigen Faustpfandrechts die Uebergabe, so muß hier die Beschlagnahme als Erforderniß festgehalten werden. — Die Belassung der Gegenstände in dem Gewahrsam des Schuldners kann dabei nicht unbedingt ausgeschlossen werden. Erforderniß der Wirkung ist aber auch dann, daß zunächst die Besitznahme erfolgt und außerdem, daß dieselbe rechtlich charakterisirt, die Pfändung ersichtlich gemacht wird. Der bloße Wille des Schuldners, die Gegenstände als gepfändete und von dem Gerichtsvollzieher besessene in seinem Gewahrsam zu haben, kann weder die körperliche Besitzergreifung, noch die Fortdauer des von dem Gerichtsvollzieher ergriffenen Besitzes ersetzen. Die Aufhebung der Erkennbarkeit würde der Aufhebung des von dem Gerichtsvollzieher ergriffenen Besitzes gleichstehen." (R. G. 7. VI. 82.) A. VI. (31.) 143. 144.

12. **Ein Gerichtsvollzieher pfändet nur im Auftrage des Gläubigers** (§§ 674. 675); **die nachträgliche Anlegung von Siegeln an Sachen, deren Aufsiegelung der Gerichtsvollzieher übersehen hatte, ist jedenfalls nur im Auftrage des Gläubigers zulässig.** Ohne einen solchen Auftrag darf er nicht thätig werden. Eine nachträgliche Genehmigung des Gläubigers kann daher nicht als genügend angesehen werden. (R. G. 7. VI. 82.) A. VI. (31.) 144—146.

13. **Die Vorschrift des § 712 C. P. O. bezieht sich nicht nur auf den Fall, wenn eine gepfändete Sache von Anfang an im Gewahrsam des Schuldners belassen wird, sondern auch auf den Fall, wenn sie durch Verfügung des Gerichtsvollziehers wieder in denselben zurückkehrt.** Dies ergibt sich aus dem Gedanken des Gesetzes, daß das Ersichtlichmachen der Pfändung, wenn die gepfändete Sache nicht im Gewahrsam des Gerichtsvollziehers oder eines Dritten für diesen steht, den Zweck hat, für Jedermann die Möglichkeit der Kenntnißnahme davon, daß der Schulder über die Sache kein Verfügungsrecht hat, in ähnlicher Weise, als befände sich die Sache im Gewahrsam des Gerichtsvollziehers oder eines Dritten, herzustellen. Eine Bestätigung hiervon liefern die Motive zu § 712 C. P. O. in den Worten: „Der bloße Wille des Schuldners, die Gegenstände als gepfändete und vom Gerichtsvollzieher besessene in seinem Gewahrsam zu haben, kann weder die körperliche Besitzergreifung, noch die Fortdauer des vom Gerichtsvollzieher ergriffenen Besitzes ersetzen; die Aufhebung der Erkennbarkeit würde der Aufhebung des vom Gerichtsvollzieher ergriffenen Besitzes gleichstehen." (R. G. 17. X. 87.) R. St. XVI. (85.) 273 f. R. A. IX. (245.) 515 f.

14. **Das Pfändungsrecht erlischt nicht schon dadurch, daß der Schuldner die Siegel von den gepfändeten, in seinem Gewahrsam belassenen Gegenständen entfernt.** Die Wirkung des Besitzerwerbs des Gerichtsvollziehers für den Gläubiger und das damit dem letzteren erworbene Pfändungspfandrecht kann zwar nach § 712 Abs. 2 nicht eintreten, wenn im Gewahrsam des Schnldners bleibenden Gegenständen keine Siegel angelegt,

Digitized by Google

noch deren Pfändung anderweitig ersichtlich gemacht wird. Ueber die Voraussetzungen der Fortdauer des dergestalt erworbenen Pfandbesitzes bestimmt aber die C. P. O. nichts. Die Bemerkung der Motive zu § 712: „die Aufhebung der Erkennbarkeit würde der Aufhebung des vom Gerichtsvollzieher ergriffenen Besitzes gleichstehen" wird in allen Fällen zutreffen, in welchen aus der Abnahme der Siegel auf die beabsichtigte Entlassung der Pfandgegenstände aus dem Pfandnexus zu schließen ist oder unter Umständen, wenn es sich darum handelt, ob ein Dritter, dem die nicht mehr ersichtliche frühere Pfändung unbekannt ist, von denselben Gegenständen Besitz ergreift und dem früheren Pfandbesitzer den Rechtssatz „Hand wahre Hand" entgegenhält, nicht aber da, wo keiner dieser Fälle gegeben ist. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 8. November 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 274 S. 372. 373.

15. Eine reichsgesetzliche Norm darüber: **wie das gültig entstandene Pfändungspfandrecht außer durch Tilgung der Pfandschuld untergeht,** besteht nicht. Selbst wenn man in dem Satze der Begründung des Entwurfs der C. P. O. S. 492: „die Aufhebung der Erkennbarkeit (der Pfändung) würde der Aufhebung des vom Gerichtsvollzieher ergriffenen Besitzes gleichstehen", die Meinung des Verfassers des Entwurfs dahin ausgedrückt finden wollte, daß die Aufhebung der Erkennbarkeit das Pfandrecht aufhebe, so würde diese Meinung doch Ausdruck im Gesetze nicht gefunden haben. Es kommt deßhalb auf die Vorschriften der Landesgesetze an. Nach den §§ 118 ff. Thl. I Tit. 20 des preuß. Allg. L. R. hat nur die freiwillige Aufgabe des Pfandbesitzes durch den Pfandgläubiger, und dem Aufgeben des Besitzes ist nur der mit seinem Willen eingetretene Fortfall der Erkennbarkeit gleichzustellen, den Verlust des Pfandrechts zur Folge. Ohne dies bleibt das Pfandrecht bestehen und der Pfandgläubiger vindizirt die Pfandsache gegen den dritten Besitzer, auch den Eigenthümer, der sie mit dem Pfandrecht beschwert, erworben, gegen den redlichen Dritten aber nur unter der Beschränkung der §§ 25, 26 Tit. 15 Thl. I des Allg. L. R., Art. 306 des H. G. B., v. Wilmowsky u. Levy, C. P. O. Bd. 2 S. 905 Anm. 5. (R. G. 25. X. 87.) R. A. IX. (253.) 527. 528.

16. Die Annahme, daß eine Dritten gegenüber wirksame Pfändung nicht erfolgt sei, wenn der Gerichtsvollzieher die geschehene Besitznahme der Sachen an diesen nicht äußerlich kenntlich gemacht hat, daß jedoch die Besitznahme einer Sache in Verbindung mit der beurkundeten Verfügungsuntersagung an den Schuldner zur Rechtsgültigkeit der Pfändung wenigstens dem letzteren gegenüber ausreiche, ist unrichtig. Eine derartige Unterscheidung zwischen einer Pfändung, welche Dritten, und einer solchen, welche nur dem Schuldner gegenüber wirksam, ist der C. P. O. fremd (vgl. Entsch. des R. G. in Straff. Bd. 5 S. 35, Rechtspr. Bd. 3 S. 552). **Nach dem § 712 Abs. 2 der C. P. O. ist, wenn die von dem Gerichtsvollzieher in Besitz genommenen Sachen im Gewahrsam des Schuldners belassen werden, die Wirksamkeit der Pfändung dadurch bedingt, daß durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise die Pfändung ersichtlich gemacht wird. Fehlt es an dieser Bedingung, so liegt überhaupt eine gültige Pfändung, welche dem Gläubiger nach § 709 a. a. O. ein Pfandrecht an der Sache verschafft, nicht vor, und einer von dem Gerichtsvoll-**

Digitized by Google

zieher an den Schuldner erlassenen „Verfügungs-Untersagung" hat die C. P. O. eine selbständige rechtliche Wirkung nicht beigelegt. (R. G. 29. V. 85.) R. A. VII. (143.) 339.

17. Die Frage, ob im Falle der Pfändung einer Sache durch den Gerichtsvollzieher oder durch den Vollziehungsbeamten ein Dritter auf Grund der Behauptung, daß er juristischer Besitzer der gepfändeten Sachen sei, Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage erheben könne, ob ihm insbesondere die Spolienklage zustehe, ist bestritten. (Olshausen, Die Einsprüche Dritter in der Exekutionsinstanz nach gemeinem und preußischem Rechte S. 51 ff.; Kühne in Gruchot's Beiträgen Bd. 23 S. 497 ff.; Voß daselbst S. 264 ff. und Bd. 25 S. 344 ff.; Westernburg daselbst S. 870 ff.; Glasenapp in Gruchot, Bd. 24 S. 245; Francke in Busch, Zeitschr. für deutsche Civilprozeß-Praxis Bd. 5 S. 205 ff.) Wenn auch diese Frage für die Fälle zu verneinen ist, in welchen der Gerichtsvollzieher oder Vollziehungsbeamte im Gewahrsame des Schuldners, gegen welchen die Zwangsvollstreckung gerichtet ist, befindliche Sachen gepfändet hat, die Pfändung also in Gemäßheit der Vorschriften in § 712 C. P. O. in gesetzlicher Weise erfolgt ist, und somit eine widerrechtliche, eigenmächtige Besitzentsetzung durch den Gerichtsvollzieher so wenig, als durch den Gläubiger, in dessen Auftrag jener gehandelt hat, vorliegt, so ist dieselbe doch zu bejahen, wenn der Gerichtsvollzieher oder der Vollziehungsbeamte Sachen gepfändet hat, welche im Gewahrsame und im juristischen Besitze eines Dritten sich befunden haben, welcher zu deren Herausgabe nicht bereit war, wenn also entgegen den Vorschriften in § 713 C. P. O. die Pfändung vorgenommen ist. In einer solchen ungesetzlichen Pfändung ist eine widerrechtliche, eigenmächtige Besitzentsetzung enthalten. Die Spolienklage ist aber nach der Ausbildung, welche sie durch die Praxis erhalten hat, bestimmt, in umfassendster Weise Schutz gegen Eigenmacht zu gewähren, sie kann von einem Jeden angestellt werden, welcher eigenmächtig aus dem Besitze entsetzt ist. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 5 Nr. 42 S. 165.) Gegen die Zulässigkeit der Spolienklage kann nicht geltend gemacht werden, Derjenige, welcher sich an die vom Staate eingesetzten Vollstreckungsbeamten wende, um sein Recht zu realisiren, mache einer Eigenmacht sich nicht schuldig, wenn in Folge seines Antrages von den staatlichen Exekutivbeamten Sachen gepfändet werden, an welchen ein Dritter juristischen Besitz zu haben behaupte, der Gläubiger vermeide gerade die Eigenmacht, indem er sich an die vom Gesetze verordneten Behörden und Beamten wende, es fehle somit an dem wesentlichsten Erfordernisse der Spolienklage, der eigenmächtigen Besitzentsetzung. Es wird dabei nicht berücksichtigt, daß der Gerichtsvollzieher oder Vollziehungsbeamte bei Vornahme der Zwangsvollstreckung nicht lediglich in seiner Eigenschaft als öffentlicher Beamter, als Organ der Staatsgewalt thätig wird, daß er die Zwangsvollstreckung nicht lediglich im öffentlichen Interesse, sondern vorzugsweise und in erster Linie im Interesse des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers vornimmt, daß er als Mandatar des letzteren thätig wird, und daß der Gläubiger für die Ausführung des dem Gerichtsvollzieher ertheilten Auftrages, soweit derselbe sich innerhalb der Grenzen des Auftrages gehalten,

Digitized by Google

oder sofern der Gläubiger die Handlungen des Gerichtsvollziehers ratihabirt hat, verantwortlich ist. Die Spolienklage ist zwar bei formell legalen Handlungen der Beamten ausgeschlossen, nicht aber bei widerrechtlich vorgenommenen Verfügungen und Exekutionen, sofern nicht durch das Gesetz der Rechtsweg in dieser Richtung beschränkt ist. Wenn von einem Beamten zu Gunsten und im Auftrage eines Gläubigers eine Zwangsvollstreckung in einer Weise ausgeführt ist, daß sie eine widerrechtliche, eigenmächtige Besitzentsetzung enthält, so **kann die Spolienklage auch gegen den den Vollstreckungsbeamten beauftragenden Gläubiger angestellt werden, sofern er als Mandant oder als Ratihabent haftbar erscheint.** Das Gesetz erklärt nur eine Pfändung der im Gewahrsame des Schuldners befindlichen Sachen für statthaft, jede Pfändung von Sachen, welche im Gewahrsame eines Dritten sich befinden, für unzulässig, sofern derselbe zur Herausgabe der Sachen nicht bereit ist; es gewährt im letzteren Falle dem Gläubiger nur das Recht, die Zwangsvollstreckung in den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache zu vollziehen (§§ 745. 746 C. P. O.). Der die Sachen besitzende Dritte ist nicht gezwungen, dem Gläubiger gegenüber, zu dessen Gunsten die Sachen widerrechtlich aus seinem Besitze entzogen sind, sein Recht auf die Sachen geltend zu machen, sondern er kann zunächst Wiederherstellung seines widerrechtlich und eigenmächtig gestörten Besitzstandes verlangen und sich somit die vortheilhaftere Rechtslage wieder verschaffen, welche vor dem eigenmächtigen Eingriffe in sein Besitzrecht bestand. (R. G. 16. VI. 85.) R. C. XIV. (102.) 362—365.

§ 713.

§ 713.

Die vorstehenden Bestimmungen finden entsprechende Anwendung auf die Pfändung von Sachen, welche sich im Gewahrsam des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten befinden.

1. **Im ausschließlichen Gewahrsam der Ehefrau befindliche Sachen und Gelder können bei der Zwangsvollstreckung gegen den Ehemann ohne Zustimmung der ersteren der Pfändung nicht unterworfen werden.** (R. G. 5. VI. 80.) A. II. (60.) 279. 280.

2. **Auf dem Stamm stehende Bäume** können nicht auf Grund eines erwirkten allgemeinen Arrestbefehls vom Gerichtsvollzieher rechtswirksam mit Beschlag belegt werden. Entsch. des R. G. v. 4/1. 81. (Entsch. in Straff. III. 174.)

Pfändung von Früchten auf dem Halme.

§ 714.

§ 714.

Früchte können, auch bevor sie von dem Boden getrennt sind, gepfändet werden. Die Pfändung darf nicht früher als einen Monat vor der gewöhnlichen Zeit der Reife erfolgen.

§ 725.

1. **Die durch § 714 der C. P. O. zugelassene Pfändung der noch nicht vom Grund und Boden getrennten Früchte bildet nicht eine Art Immobiliarexekution, welche als solche lediglich gegen den Eigenthümer des Grund und Bodens, gegen diesen aber auch ohne Rücksicht auf die hinsichtlich der Nutzung etwa bestehenden obligatorischen Verbindlichkeiten stattfinden könnte; die Pfändung greift vielmehr gegenüber jedem Schuldner Platz, welcher auf den Bezug der Früchte Anspruch zu machen hat, mag der An-**

Digitized by Google

spruch im Eigenthum, in der Pachtnutzung oder in irgend einem andern Rechtsverhältniß seinen Grund haben. Es ist deßhalb, einerlei wie man im Uebrigen den fraglichen Exekutionsmodus juristisch zu konstruiren hat, nothwendige Voraussetzung seiner Anwendbarkeit, daß der Schuldner, d. h. derjenige, gegen welchen ein vollstreckbarer Schuldtitel erwirkt ist, zum Bezug der Ernte berechtigt ist, und wenn einem Dritten das bezügliche Recht zusteht, so hindert dasselbe die Pfändung und den zwangsweisen Verkauf der Ernte. Urtheil des O. L. G. zu Kassel vom 26. Juni 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 355 S. 479. 480.

2. **Die noch auf dem Felde ausstehenden Früchte bilden keine selbständige Sache, sondern einen Theil des Grund und Bodens.** Dieser Satz hat, wenn seine Konsequenzen wirklich durch den § 714 der C. P. O. durchbrochen sind, im Allgemeinen seine Gültigkeit nicht verloren. Eine Besitzüberweisung der noch nicht separirten Früchte ist deßhalb unmöglich. Urtheil des O. L. G. zu Kassel vom 26. Juni 1882. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 355 S. 479.

3. Indem § 714 der C. P. O. die Pfändung von Früchten, bevor sie vom Boden getrennt sind, jedoch nur während des der gewöhnlichen Reife vorausgehenden Monats für zulässig erklärt hat, spricht das Gesetz aus, daß es **diese Früchte dem beweglichen Vermögen**, obwohl sie noch einen Theil des Grundstücks bilden, **gleichgestellt** wissen wolle, denn ausschließlich in das bewegliche Vermögen kann nach § 708 Abs. 1 der C. P. O. die Pfändung erfolgen. Hiernach bedurfte die Prozeßordnung aber einer besonderen Bestimmung nicht, wie die Pfändung jener Früchte zu vollziehen sei, da dieselbe nach § 712 Abs. 1 das. ausnahmslos dadurch zu bewirken ist, daß der Gerichtsvollzieher die Früchte als körperliche Sachen in Besitz nimmt. (Hier folgt nun eine Ausführung über die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über eine Sache nach gemeinem Recht und über die Bekanntmachung des königl. bayr. Staatsministeriums der Justiz vom 30. September 1879 die Ausführung der Zwangsvollstreckung u. s. w. durch die Gerichtsvollzieher betr.) (R. G. 11. X. 83.) R. A. V. (225.) 589.

4. **Die auf dem Stamme stehenden Bäume gehören weder zu den Früchten im Sinne des § 714 C. P. O., noch auch können sie nach den Bestimmungen des Preuß. A. L. R.'s I. 2 zu den beweglichen Sachen gerechnet werden.** (R. G. 4. I. 81.) R. St. III. (67.) 175. R. A. II. (331.) 696—698. A. III. (93.) 247.

5. **Gegen eine Zwangsvollstreckung durch Pfändung von Früchten, welche von dem Boden noch nicht getrennt sind, kann ein Widerspruch auf einen Vertrag, durch welchen der Eigenthümer der Früchte dieselben dem Kläger verkauft hat, nicht gestützt werden.** (R. G. 18. III. 87.) R. C. XVIII. (78.) 365 ff. S. hierüber bei § 690.

6. Durch die Vorschrift in §§ 714. 725 C. P. O., wonach Früchte, auch bevor sie von dem Boden getrennt sind, gepfändet und die gepfändeten versteigert werden können, ist in den nach dem römischen und gemeinen Rechte bestehenden Grundsatz, daß die von dem Boden noch nicht getrennten Früchte Bestandtheile der fruchttragenden Sache, keine selbständige Sachen sind, insoweit, aber auch nur insoweit modifizirend eingegriffen, daß diese Früchte bezüglich der Zwangsvollstreckung, namentlich

Digitized by Google

der Pfändung, als selbständige Sachen betrachtet und behandelt werden, nicht bloß als Theil des Grundstückes einen Gegenstand der Immobiliarexekution, sondern auch als bewegliche Sache einen Gegenstand der Mobiliarexekution bilden. Im Uebrigen ist aber durch die gedachten Vorschriften der Civilprozeßordnung an den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes über die rechtliche Natur der von dem Boden nicht getrennten Früchte nichts geändert, es sind nicht die in dem bürgerlichen Rechte über die hängenden Früchte bestehenden Rechtsnormen generell geändert, in der Art, daß diese Früchte überall im Rechtsverkehre als selbständige, bewegliche Sachen gelten, und es kann daher aus den Vorschriften der Civilprozeßordnung nicht die Folgerung gezogen werden, daß die hängenden Früchte als selbständige Sachen auch Gegenstand eines Rechtsgeschäftes, insbesondere eines Veräußerungsgeschäftes sein können. **Ein zwischen dem Käufer und dem Eigenthümer des Grund und Bodens über die auf diesem stehenden Früchte abgeschlossener Kaufvertrag kann nur die Verpflichtung des letzteren zum Gegenstande haben, die Aberntung der Früchte demnächst zu gestatten oder die abgeernteten Früchte dem Käufer zu überliefern.** Durch ein solches Recht kann aber ein Widerspruch gegen die Pfändung der Früchte nicht begründet werden. **Gegenstand der Zwangsvollstreckung und Pfändung ist nicht das Recht zur Perzeption der Früchte, sondern die Früchte selbst, als bewegliche Sachen.** Es ergibt sich dieses nicht nur aus der Fassung des § 714 C. P. O., sondern auch daraus, daß der § 714 in den Abschnitt II des ersten Titels „Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen", welcher die Ueberschrift trägt „Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen" eingereiht ist. **Für den Fall der Verpachtung der fruchttragenden Sache kann der Pächter allerdings auf Grund der Vorschrift im § 690 C. P. O. der Pfändung der auf den von ihm gepachteten Grundstücken stehenden Früchten seitens eines Gläubigers des Verpächters nicht widersprechen.** Allein, da nach § 713 a. a. O. die im Gewahrsam eines Dritten befindlichen körperlichen Sachen nur mit dessen Genehmigung gepfändet werden können, so kann der Pächter die Pfändung der Früchte durch Verweigerung der Herausgabe derselben hindern. Dagegen kann gegen den Pächter eine Pfändung der auf den von ihm gepachteten Grundstücken stehenden, in seinem Gewahrsam befindlichen Früchte wegen einer gegen ihn dem Gläubiger zustehenden Forderung vorgenommen werden. Denn wenn auch der Pächter nach dem gemeinen Rechte nur ein persönliches auf Perzeption der Früchte aus seinem Pachtvertrage hat, so werden doch eben in Beziehung auf die Zwangsvollstreckung, unter Aufhebung der entgegenstehenden Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes, die Früchte als selbständige Sachen behandelt. Der die Zwangsvollstreckung betreibende Gläubiger erlangt mit der Pfändung ein Pfandrecht an den gepfändeten stehenden Früchten und ein Recht zu deren Versteigerung nach eingetretener Reife. Dem auf Grund seines Eigenthumes intervenirenden Verpächter würde der Gläubiger, welcher die Früchte bei dem Pächter hat pfänden lassen, den Einwand entgegenstellen können, welchen der Pächter gegen den Verpächter hat, welcher ihn an dem Bezuge der auf den gepachteten Grundstücken gezogenen Früchten hindert. (R. G. 18. III. 87.) R. C. XVIII. (78.) 367—369.

Digitized by Google

7. Der § 714 der Civilprozeßordnung gestattet die Pfändung der Früchte auf dem Halm, schreibt aber vor, daß dieselbe nicht früher als einen Monat vor der gewöhnlichen Zeit der Reife erfolgen dürfe, enthält demnach eine prohibitive Bestimmung, deren Außerachtlassung die Betheiligten zur Wahrung ihrer Ansprüche berechtigt, die Pfändung anzufechten, um so mehr als im öffentlichen Interesse und namentlich im Interesse der Landwirthschaft die Möglichkeit einer zu frühzeitigen Pfändung und einer dadurch gefährdeten weiteren Kultur der gepfändeten Früchte verhindert werden wollte. Diese Vorschrift ist nach den Gesetzesmotiven den französischen und bayerischen Prozeßgesetzen entlehnt, welche die Berechtigung zur Pfändung an eine gewisse Zeit gebunden haben und eine frühere Pfändung nicht als giltig anerkennen. Weiter kommt in Betracht, daß die Früchte auf dem Halm eigentlich Bestandtheile der Immobilien sind und daher nur mit denselben zum Gegenstand einer Zwangsvollstreckung gemacht werden könnten, allein durch die angeführte Gesetzesbestimmung wird zum Ausdruck gebracht, daß dieselben dennoch für sich allein, und zwar nach den Grundsätzen über die Zwangsvollstreckung an beweglichen Sachen, sollten auf dem Wege der Zwangsvollstreckung verwerthet werden dürfen. Der § 714 enthält sonach ein von dem regelmäßigen Vorschreiten abweichendes Verfahren, eine Ausnahme von der Regel, und kann daher dessen Verfügung nur in den von ihm gezogenen Grenzen als dem Willen des Gesetzes entsprechend aufgefaßt, also **die Pfändung bloß dann als zu Recht bestehend betrachtet werden, wenn sie nicht früher als einen Monat vor der Reife bewerkstelligt wurde. Wenn man auch eine zu frühe Pfändung nicht als absolut nichtig ansehen will, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß sie auf Grund des § 685 der Civilprozeßordnung angefochten werden darf,** da hiermit eine Handlung in Frage steht, welche das vom Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren betrifft. Diese Gesetzesstelle spricht ganz allgemein von Einwendungen ohne Beschränkung und ohne Bezeichnung der Personen, welche zu solchen berechtigt sind, und kann es deßhalb keinem Bedenken unterliegen, jeden dazu für berechtigt zu erachten, dessen Interesse durch die Zuwiderhandlung gegen die über das Verfahren gegebenen Vorschriften verletzt erscheint. **Als eine derart interessirte Person stellt sich aber selbstverständlich ein Gläubiger, welcher Früchte auf dem Halme rechtzeitig gepfändet hat, Demjenigen gegenüber dar, welcher solche außer der gesetzlichen Zeit in Beschlag nahm** und seiner früheren Pfändung wegen nach § 709 der Civilprozeßordnung dadurch ein Vorzugsrecht sich verschaffen, sonach aus seinem gesetzwidrigen Verfahren einen Vortheil zum Schaden des gesetzlich Vorschreitenden erlangen würde, wenn nicht dieser befugt wäre, zur Wahrung seines Rechtes und zur Abwendung der ihm erwachsenden Nachtheile deßhalb Anträge und Einwendungen zur Geltung zu bringen, um so mehr, als andernfalls die Vorschrift des § 714 vollständig illusorisch wäre, und demjenigen Gläubiger die größte Sicherheit seiner Forderung gewährt würde, welcher am rücksichtslosesten dieser Gesetzesbestimmung entgegenhandelt. Aber auch bezüglich der Zeit, wann solche Einwendungen platzgreiflich erscheinen, enthält das Gesetz keine beschränkende Verfügung, und müssen daher dieselben so lange für zulässig erachtet werden, als nicht darauf verzichtet oder der anfechtende Interessent nicht befriedigt

Digitized by Google

ist, insbesondere ist es nicht erfaßlich, wie die ungiltige Pfändung sollte als zu Recht bestehend erachtet werden, wenn sie nicht vor der Versteigerung angefochten wurde; eine solche **kann** vielmehr **im Vertheilungsverfahren noch Gegenstand der Anfechtung sein**, da gerade bei dieser Gelegenheit die rechtlichen Wirkungen derselben zu prüfen und zu verbescheiden sind. (B. O. L. 9. II. 84.) S. X. (120.) 325—327.

Unpfändbare Sachen.

§ 715.

§ 715.

Folgende Sachen sind der Pfändung nicht unterworfen:

1. die Kleidungsstücke, die Betten, das Haus- und Küchengeräth, insbesondere die Heiz- und Kochöfen, soweit diese Gegenstände für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde unentbehrlich sind;
2. die für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde auf zwei Wochen erforderlichen Nahrungs- und Feuerungsmittel;
3. eine Milchkuh oder nach der Wahl des Schuldners statt einer solchen zwei Ziegen oder zwei Schafe nebst dem zum Unterhalt und zur Streu für dieselben auf zwei Wochen erforderlichen Futter und Stroh, sofern die bezeichneten Thiere für die Ernährung des Schuldners, seiner Familie und seines Gesindes unentbehrlich sind;
4. bei Künstlern, Handwerkern, Hand- und Fabrikarbeitern, sowie bei Hebammen die zur persönlichen Ausübung des Berufs unentbehrlichen Gegenstände;
5. bei Personen, welche Landwirthschaft betreiben, das zum Wirtschaftsbetriebe unentbehrliche Geräth, Vieh- und Feldinventarium nebst dem nöthigen Dünger, sowie die landwirthschaftlichen Erzeugnisse, welche zur Fortsetzung der Wirthschaft bis zur nächsten Ernte unentbehrlich sind;
6. bei Offizieren, Deckoffizieren, Beamten, Geistlichen, Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten, Rechtsanwälten, Notaren und Aerzten die zur Verwaltung des Dienstes oder Ausübung des Berufs erforderlichen Gegenstände, sowie anständige Kleidung;
7. bei Offizieren, Militärärzten, Deckoffizieren, Beamten, Geistlichen und Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten ein Geldbetrag, welcher dem der Pfändung nicht unterworfenen Theile des Diensteinkommens oder der Pension für die Zeit von der Pfändung bis zum nächsten Termine der Gehalts- oder Pensionszahlung gleichkommt;

§ 749.

8. die zum Betriebe einer Apotheke unentbehrlichen Geräthe, Gefäße und Waaren;
9. Orden und Ehrenzeichen;
10. die Bücher, welche zum Gebrauche des Schuldners und seiner Familie in der Kirche oder Schule bestimmt sind.

Einf. G. §§ 14—16. H. G. B. Art. 119, 120.

1. **Das Gesetz ertheilt, wenn es gewisse im Gewahrsam des Schuldners befindliche, somit an sich pfändbare Sachen als der Pfändung nicht unterworfen erklärt, dem Vollstreckungsbeamten die Anweisung, dieselben nicht zu pfänden, und weist ferner, wenn es die Unpfändbarkeit davon abhängig macht, ob die betreffenden Gegenstände zu bestimmten Zwecken erforderlich, bezw. unentbehrlich sind, dem Vollstreckungsbeamten die Befugniß und die Verpflichtung zu, über die Erforderlichkeit bezw. Unentbehrlichkeit nach seinem pflichtmäßigen Ermessen eine Entscheidung zu treffen.** Glaubt sich der Schuldner bei dieser Entscheidung nicht beruhigen zu können, so hat ihm das Gesetz im § 685 C. P. O. die Mittel und Wege zur Geltendmachung seines Widerspruches gewiesen. (R. G. 19. XI. 81.) R. St. V. (69.) 209. 210.

Digitized by Google

2. **Der Gerichtsvollzieher ist nicht befugt, von ihm gepfändete Sachen ohne Anweisung des Gläubigers und ohne Anordnung des Gerichtes als für den Schuldner unentbehrlich wieder freizugeben.** (R. G. 9. V. 87.) R. C. XVIII. (87.) 389. S. hierüber bei § 709 eodem.

3. **Der Gläubiger erwirbt durch die Pfändung solcher Sachen, welche gesetzlich der Pfändung nicht unterworfen sind, kein Pfandrecht.** (R. G. 9. V. 87.) R. C. XVIII. (87.) 389.

4. Ziff. 1. Das Gesetz verbietet nicht schlechthin die Pfändung der hier aufgeführten Gegenstände des Schuldners und seiner Angehörigen, sondern gestattet solche, wenn dieselben nach den konkreten Verhältnissen entbehrlich sind. **Sache des Vollziehungsbeamten ist es hiernach, im einzelnen Falle die Zulässigkeit der Pfändung zu erwägen.** Den gegentheiligen Erwägungen des Schuldners, welcher die Unentbehrlichkeit des betreffenden Mobiliarstückes behauptet und deßhalb die Zulässigkeit der Pfändung bestreitet, läßt sich ein Uebergewicht über das pflichtmäßige Ermessen des Beamten nicht einräumen, wenn nicht die Vollziehung derartiger Aufträge in dem guten Willen des Schuldners oder der sonst Betheiligten verstellt werden soll. **Dem Gepfändeten steht nur der Beschwerdeweg offen, wenn er die Sache für nicht pfändbar erachtet.** (R. G. 12. IV. 81.) R. A. III. (109.) 229.

5. Ziff. 4. **Ein zur Ausübung des Berufs eines Künstlers oder Handwerkers der Art nach unentbehrlicher und nur einmal oder doch nicht in größerer Zahl als erforderlich in seinem Besitz vorhandener und daher nach § 715 Ziff. 4 der C. P. O. der Pfändung nicht unterworfener Gegenstand darf nicht um deßwillen dennoch gepfändet werden, weil derselbe der Qualität nach das Maß des Nothwendigen überschreitet.** Denn nach Wortlaut und Zweck des Gesetzes soll dem Schuldner durch die Pfändung das der Art nach unentbehrliche Geräth nicht entzogen werden; der etwa denkbare Ausweg aber, aus dem Pfanderlöse zunächst eine die Anschaffung eines gleichartigen Gegenstandes geringerer Güte ermöglichende Summe für den Schuldner zurückzubehalten, verdient keine Berücksichtigung, da es an Vorschriften über ein derartiges Verfahren fehlt, auch bei der Ungewißheit des Ausfalls der Versteigerung dadurch in keiner Weise Sicherheit für den beabsichtigten Erfolg, dem Schuldner einen für die Ausübung seines Berufs unentbehrlichen Gegenstand wieder zu verschaffen, geboten werden würde. Beschluß des O. L. G zu Hamburg vom 6. September 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 73 S. 111, 112.

6. **Musiklehrer als „Künstler" im Sinne des § 715 Ziff. 4 der C. P. O.** Daß Künstler ihren künstlerischen Beruf nur ausüben, wenn sie Kunstwerke schaffen oder reproduziren, nicht wenn sie in ihrer Kunst Unterricht ertheilen, läßt sich in dieser Allgemeinheit mit Grund nicht behaupten. Denn auch derjenige, welcher in einer Kunst Unterricht ertheilt, übt jedenfalls dann, wenn er — wie dies bei dem Musikunterricht der Fall ist — den Unterricht ohne persönliche Ausübung seiner Kunst nicht ertheilen kann, durch den Unterricht seinen Beruf als Künstler aus. Ebensowenig darf die Bezeichnung „Künstler" nur auf solche Personen angewendet werden, bei deren Leistungen ein höheres Kunstinteresse obwaltet. Die Gesichtspunkte, von welchen aus die Gewerbeordnung bei den in

Digitized by Google

§§ 33 a, 33 b bezeichneten gewerblichen Betrieben das Obwalten eines höheren Interesse der Kunst verlangt, um die vorgängige polizeiliche Erlaubniß entbehrlich zu machen, sind ganz andere als die dem § 715 der C. P. O. zum Grunde liegenden. Auch das Maß technischer Ausbildung und künstlerischer Befähigung kann nicht für die Definition des Begriffs „Künstler" entscheidend in Betracht gezogen werden. Sowenig wie der Wortlaut des Gesetzes stehen die Motive desselben der Auslegung des L. G. zur Seite. Der, soweit er hier in Betracht kommt, unverändert in das Gesetz übergegangene Regierungsentwurf wurde damit motivirt, daß die aufgestellten Beschränkungen der Pfändung ohne erhebliche Aenderungen bestehenden Rechten entsprechen. Von den speziell angeführten Gesetzen aber lassen weder die preuß. A. G. O. I. 24 § 71, bezw. die preuß. Verordnungen vom 30. Juli 1853 § 12 und 22. September 1867 § 13, noch der code de procédure civile art. 592, noch auch die hannov. P. O. § 551 darüber einen Zweifel, daß sie **das dem Musiker zur Betreibung seines Berufes unentbehrliche Instrument von der Pfändung ausschließen** wollten. Die für „Lehrer" in § 715 Ziff. 6 der C. P. O. gegebene Beschränkung — auf Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten — kann nicht dahin führen, dem **Musiker**, welcher seinen Beruf durch Ertheilung von Musikunterricht ausübt, die Eigenschaft eines seinen Beruf ausübenden Künstlers zu versagen. Beschluß des O. L. G. zu Hamburg vom 21. Dezember 1885. S. A. Bd. 41 bezw. 11 (316.) 468.

7. Bei Beantwortung der Frage, **ob ein Gegenstand für den Schuldner zur persönlichen Ausübung seines Berufs im Sinn des § 715 Ziff. 4 der C. P. O. als unentbehrlich gelten dürfe**, ist die im Zeitpunkt der Pfändung vorhandene Einrichtung des Handwerksbetriebs ins Auge zu fassen und dem Schuldner nicht eine den betreffenden Gegenstand entbehrlich machende Aenderung dieser Einrichtung zuzumuthen, und zwar im Hinblick auf das jener gesetzlichen Bestimmung zu Grunde liegende Prinzip einer thunlichst billigen Schonung der Erwerbsverhältnisse des Schuldners. Beschluß des O. L. G. zu Dresden vom 16. Juni 1886. Annalen desselben Bd. 8 S. 182. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 271 S. 382.

8. **Wenn ein zum ehelichen Sammtgut gehörender Gegenstand gepfändet wird, ist die Bestimmung des § 715 Ziff. 4 der C. P. O. auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn die Voraussetzungen derselben bei der Ehefrau zutreffen**, weil die vermögensrechtliche Einheit der Personen von Mann und Frau, wie sie zu Gunsten der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in die von der Frau erworbenen Theile des ehelichen Sammtguts ermöglicht, auch zu Gunsten der Schuldner die Anwendung jener Bestimmungen dann erfordert, wenn ihre Voraussetzungen auch nur in der Person der Frau zutreffen. Beschluß des O. L. G. zu Hamburg vom 10. März 1884. S. A. Bd. 41 bezw. 11 (316) 469.

9. **Das Retentionsrecht des Vermiethers wird durch das Pfändungsverbot in § 715 Ziff. 4 C. P. O. nicht beschränkt.** Das Retentionsrecht besteht darin, daß der Vermiether sich durch Zurückhaltung der eingebrachten Sachen des Miethers wegen seiner Ansprüche aus dem Miethsverhältnisse sichern kann. Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers wird aber durch den § 715 Nr. 4 C. P. O. nicht weiter eingeschränkt, als daß die in dem Pfandrechte enthaltene Befugniß zur Pfändung

Digitized by Google

und Veräußerung der von der Vorschrift in § 715 Nr. 4 betroffenen Gegenstände wegfällt. Die Befugniß des Vermiethers zur Zurückbehaltung wird dadurch aber nicht berührt, in dieser Beziehung ist vielmehr das frühere Landesrecht maßgebend geblieben. (R. G. 20. VIII. 87.) R. C. XVIII. (100.) 429.

10. Ziff. 6. Ueber „Lehrer" s. unter Ziff. 4 ad S. A. Bd. 41 bezw. 11 (316) 468.

2. Versteigerung.

§ 716. **§ 716.**

Die gepfändeten Sachen sind von dem Gerichtsvollzieher öffentlich zu versteigern, Kostbarkeiten sind vor der Versteigerung durch einen Sachverständigen abzuschätzen.

Gepfändetes Geld ist dem Gläubiger abzuliefern. Die Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung von Seiten des Schuldners, sofern nicht dem Schuldner nachgelassen ist, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden.

§ 720.

§ 717. **§ 717.**

Die Versteigerung der gepfändeten Sachen darf nicht vor Ablauf einer Woche seit dem Tage der Pfändung geschehen, sofern nicht der Gläubiger und der Schuldner über eine frühere Versteigerung sich einigen oder dieselbe erforderlich ist, um die Gefahr einer beträchtlichen Werthsverringerung der zu versteigernden Sache abzuwenden oder um unverhältnißmäßige Kosten einer längeren Aufbewahrung zu vermeiden.

Die Versteigerung erfolgt in der Gemeinde, in welcher die Pfändung geschehen ist, sofern nicht der Gläubiger und der Schuldner über einen anderen Ort sich einigen.

Geschäftsanw. f. G. V. § 76.

Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung der zu versteigernden Sachen öffentlich bekannt zu machen.

§ 718. **§ 718.**

Der Zuschlag an den Meistbietenden erfolgt nach dreimaligem Aufrufe.

Die Ablieferung einer zugeschlagenen Sache darf nur gegen baare Zahlung geschehen.

Hat der Meistbietende nicht zu der in den Versteigerungsbedingungen bestimmten Zeit oder in Ermangelung einer solchen Bestimmung nicht vor dem Schlusse des Versteigerungstermins die Ablieferung gegen Zahlung des Kaufgeldes verlangt, so wird die Sache anderweit versteigert. Der Meistbietende wird zu einem weiteren Gebote nicht zugelassen; er haftet für den Ausfall, auf den Mehrerlös hat er keinen Anspruch.

1. Bei der durch den Richter bewirkten Zwangsveräußerung tritt dieser nicht im Gefolge eines ihm von den Betheiligten ertheilten Auftrags, sondern kraft seines richterlichen Amts in Gemäßheit des rechtskräftigen Urtheils als der Verkäufer der zur Versteigerung gelangenden Liegenschaften auf, so daß der letztbietende Steigerer, welcher den Zuschlag erhält, lediglich dem Gericht oder dessen Beauftragten gegenübersteht. Aus der Berechtigung des Richters, selbst gegen den Willen des rechtskräftig verurtheilten Schuldners, dessen unbewegliches Vermögen im Wege der Hülfsvollstreckung einer Versteigerung auszusetzen und dem Gläubiger oder einem Dritten den das Recht des Steigerers perfizirenden Zuschlag zu ertheilen, folgt dessen Verpflichtung, die Käufer selbst bei dem Widerspruch des Schuldners in den Besitz der ersteigerten Liegenschaften nach erfolgtem Zuschlag einzuweisen. Auch die Thatsache, daß sich der Schuldner nach bereits erfolgtem Zuschlag mit den das Zwangsverfahren betreibenden Gläubigern verglichen hat, erscheint als eine rechtlich bedeutungslose. Beschluß des O. L. G. zu Darmstadt vom 15. Juni 1881. R. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 81 S. 116.

Digitized by Google

2. **Bei der Zwangsversteigerung beweglicher Sachen wird zufolge § 718 Abs. 3 C. P. O. durch den Zahlungsverzug des Meistbietenden auch der sonst mit dem Zuschlage verbundene Eigenthumsübergang auf den Ersteher verhindert.** Nach § 718 der C. P. O. ist der bisherige Meistbietende bei der anderweiten Versteigerung zu einem weiteren Gebot nicht zuzulassen und hat er auf einen Mehrerlös keinen Anspruch, während er für den Ausfall haftet. Wenn hiermit auch nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, daß der frühere Verkauf in Folge des Nichteintritts der Bedingung als solcher jede Bedeutung verliere, so folgt dies doch von selbst daraus, daß die Versteigerung in solchen Fällen noch einmal an einen Anderen (mit Ausschluß von Geboten des früheren Meistbietenden) erfolgen, der frühere Käufer an dem neuen Meistgebot kein Recht haben, und nur seine Verpflichtung übrig bleiben soll, für das nachtheilige Ergebniß der Versteigerung einzustehen. Sind sonach die Wirkungen der ersten Versteigerung lediglich auf die Haftung für eine mögliche Minusdifferenz bei den Meistgeboten, also auf eine eventuelle Schadensersatzpflicht, beschränkt, und sind dem früheren Meistbietenden andere Pflichten eines Käufers nicht beigelegt, das Recht auf den Erlös der Sache sogar ausdrücklich abgesprochen, so kann das Gesetz auch nicht in der ersten Versteigerung einen zu Stande gekommenen Verkauf und in dem ehemaligen Meistbietenden nicht einen wirklichen Käufer gesehen haben, und der dem Letzteren ertheilte Zuschlag, welcher bei Auktionen nur die Bedeutung der Annahme des Gebots hat, kann unter solchen Umständen auch nicht die Kraft einer definitiven Uebertragung des Eigenthums an der erfolglos versteigerten Sache haben. Es läßt sich vielmehr nur annehmen, daß die regelmäßigen Wirkungen der ersten Versteigerung an die gestellte Bedingung der rechtzeitigen Abforderung und Bezahlung der Sache geknüpft sein und mit Nichteintritt dieser Bedingung fortfallen sollen, und daß demnach die Sache im Eigenthum des ursprünglichen Schuldners verbleibt, und die eintretende Weiterversteigerung nur ein Akt der fortdauernden Zwangsvollstreckung ist. Das Ergebniß stimmt allerdings nicht mit der Auffassung überein, welche unter dem früheren Rechtsstande mit Rücksicht auf § 89 Thl. I Tit. 24 der (preuß.) A. G. O. und § 346 Thl. I Tit. 6 des (preuß.) A. L. R. Geltung gewonnen hatte; es wird aber durch die Entstehungsgeschichte des § 718 der C. P. O. bestätigt. Darüber, wie das Rechtsverhältniß von Meistbietenden und Gläubiger bei einer in Folge Zahlungsverzugs des Ersteren nothwendig gewordenen anderweiten Versteigerung aufzufassen war, bestand auch im preußischen Rechtsgebiet keine vollständige Uebereinstimmung, indem man von einer Seite an den Zahlungsverzug unmittelbar das Rückgängigwerden des Verkaufs knüpfen, von der anderen den ersten Meistbietenden der Weiterversteigerung ungeachtet als aus seinem Meistgebot den Gläubigern verhaftet betrachten wollte, und diesen Gegensatz auf den Unterschied einer angeblich mit jeder gerichtlichen Veräußerung verbundenen sog. lex commissoria oder andererseits kassatorischen Klausel zurückführte (vgl. Förster Privatrecht Bd. 2 S. 130). Die letztere Meinung erschien mit Rücksicht darauf, daß das Gesetz die anderweite Versteigerung als eine solche bezeichnete, welche auf Gefahr und Kosten des ersten Käufers erfolge, als die richtigere, und dies führte zu den für den Fall der Sub-

Digitized by Google

hastation gegebenen ausdrücklichen Vorschriften im § 20 des Ges. vom 4. März 1834 und § 59 des Subhast.-Ges. von 1869, nach denen der mit der Zahlung säumige Ersteher als persönlicher Schuldner der betreffenden Gläubiger in Ansehung der Kaufgelder zu behandeln ist, und die anderweite Versteigerung wegen dieser Schuld gegen ihn stattfindet. Auf diesem Standpunkt ist aber die C. P. O. für die Fälle der Zwangsvollstreckung in beweglichen Sachen nicht verblieben. Nach den Motiven zu § 718 (letzter Entwurf § 667) hatte man sich gegen den Grundsatz, daß die weitere Versteigerung für Rechnung des ersten Käufers erfolgen solle, und für den, daß dieselbe nur eine Wiederholung der ersten unter Aufhebung des ertheilten Zuschlags darstelle, nach dem Vorgang der bad. und bayr. P. O. (§ 896 bezw. 931), wie dies schon in dem preuß. Entwurf von 1871 (zu §§ 632—636 Motive) angebahnt war, entschieden, und in diesem Sinn die unverändert gebliebene und mit dem Inhalt der genannten Prozeßordnungen vollständig übereinstimmende Fassung des § 718 gewählt. Urtheil des Reichsgerichts vom 30. Mai 1885. R. A. 1885 bes. Beil. 6 S. 324 ff. S. A. XLI. bezw. XI. (80.) 122—123. R. C. XIII. (65.) 274. 275.

§ 719. **§ 719.**

Die Versteigerung wird eingestellt, sobald der Erlös zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung hinreicht.

§ 720. **§ 720.**

Die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung von Seiten des Schuldners, sofern nicht dem Schuldner nachgelassen ist, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden.

1. **Die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher wird der Zahlung von Seiten des Schuldners nur bezüglich der liberirenden Wirkung, keineswegs aber bezüglich der Anfechtbarkeit gleichgestellt.** (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 14 S. 80.) (R. G. 9. XII. 86.) R. C. XVII. (6.) 30.

2. **Durch Empfangnahme des Erlöses aus den gepfändeten und versteigerten Sachen seitens des Gerichtsvollziehers (§ 720 der C. P. O.) erleidet das Vorrecht anderer Gläubiger an den gepfändeten Sachen keine Veränderung.** Die Bestimmung des § 720 will — ebenso wie der insoweit übereinstimmende § 716, 2 der C. P. O. — nur das Verhältniß zwischen Schuldner und Gläubiger ordnen, was schon der Wortlaut „Zahlung von Seiten des Schuldners" andeutet, und lediglich zum Ausdruck bringen, daß nunmehr der Schuldner befreit und die Gefahr des vom Gerichtsvollzieher in Empfang genommenen Geldes auf den Gläubiger übergegangen sei. Eine weitere Bedeutung hat sie nicht, insbesondere will sie über das Verhältniß der Gläubiger unter einander keinerlei Anordnung treffen (vgl. Struckmann und Koch die C. P. O. zu § 716 Anm. 3; Seuffert C. P. O. zu § 716). Urtheil des O. L. G. zu Celle vom 11. März 1881. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 247 S. 370.

3. Durch die Vorschrift des § 720 der R. C. P. O. ist nur ausgesprochen, daß der Schuldner infolge der Ablieferung des Erlöses an den Gerichtsvollzieher ebenso wie durch Zahlung an den Gläubiger liberirt wird, weil der Gerichtsvollzieher nach § 676 C. P. O. als Bevollmäch-

Digitized by Google

tigter der letzteren erscheint. **Ueber die Anfechtbarkeit des betreffenden Zwangsvollstreckungsaktes von seiten dritter Personen entscheidet der § 720 C. P. O. nicht.** Auch ist in den Motiven zur Civilprozeßordnung ausdrücklich hervorgehoben, daß durch denselben der Entscheidung der Frage, ob die im Wege der Zwangsvollstreckung an den Gerichtsvollzieher geschehene Zahlung als eine vom Schuldner geleistete angefochten werden kann, nicht vorgegriffen werden solle. (Vgl. Struckmann und Koch, Civilprozeßordnung 4. Aufl. Anm. 3 zu § 717.) Etwas entgegenstehendes ist in dem Urtheile des dritten Civilsenates des Reichsgerichtes vom 7. Dezember 1883 i. S. Wöhler w. Goldhammer (Rep. III. 211./83) nicht angenommen. Denn, wenn dasselbe hervorhebt, daß die Empfangnahme von baarem Gelde durch den Gerichtsvollzieher als „Zahlung" von seiten des Schuldners gelte, so ist damit nach dem Zusammenhange der Entscheidungsgründe nur ausgedrückt, daß durch dieselbe nicht bloß eine Sicherstellung des Schuldners, sondern dessen Liberation bewirkt werde, nicht aber, daß die zwangsweise Zahlung an den Gerichtsvollzieher in Bezug auf ihre Anfechtbarkeit einer freiwilligen Zahlung des Schuldners gleichstehe. (R. G. 8. VII. 85.) R. C. XIV. (18.) 80—82.

Gold- und Silbersachen.

§ 721. § 721.

Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter ihrem Gold- oder Silberwerthe zugeschlagen werden. Wird ein den Zuschlag gestattendes Gebot nicht abgegeben, so kann der Gerichtsvollzieher den Verkauf aus freier Hand zu dem Preise bewirken, welcher den Gold- oder Silberwerth erreicht.

Werthpapiere.

§ 722. § 722.

Gepfändete Werthpapiere sind, wenn sie einen Börsen- oder Marktpreis haben, von dem Gerichtsvollzieher aus freier Hand zum Tageskurse zu verkaufen und, wenn sie einen solchen Preis nicht haben, nach den allgemeinen Bestimmungen zu versteigern.

§ 723. § 723.

Lautet ein Werthpapier auf Namen, so kann der Gerichtsvollzieher durch das Vollstreckungsgericht ermächtigt werden, die Umschreibung auf den Namen des Käufers zu erwirken und die hierzu erforderlichen Erklärungen an Stelle des Schuldners abzugeben.

Ger. K. G. § 35 Nr. 3.

§ 724. § 724.

Ist ein Inhaberpapier durch Einschreibung auf den Namen oder in anderer Weise außer Kurs gesetzt, so kann der Gerichtsvollzieher durch das Vollstreckungsgericht ermächtigt werden, die Wiederinkurssetzung zu erwirken und die hierzu erforderlichen Erklärungen an Stelle des Schuldners abzugeben.

Früchte auf dem Halme.

§ 725. § 725.

Die Versteigerung gepfändeter, von dem Boden noch nicht getrennter Früchte ist erst nach der Reife zulässig. Sie kann vor oder nach der Trennung der Früchte erfolgen; im letzteren Falle hat der Gerichtsvollzieher die Aberntung bewirken zu lassen.

§ 714.

§ 726. § 726.

Auf Antrag des Gläubigers oder des Schuldners kann das Vollstreckungsgericht anordnen, daß die Verwerthung einer gepfändeten Sache in anderer Weise oder an

Digitized by Google

einem anderen Orte, als in den vorstehenden Paragraphen bestimmt ist, stattzufinden habe oder daß die Versteigerung durch eine andere Person als den Gerichtsvollzieher vorzunehmen sei.

3. Anschlußpfändung.

§ 727. § 727.

Die Pfändung bereits gepfändeter Sachen wird durch die in das Protokoll aufzunehmende Erklärung des Gerichtsvollziehers, daß er die Sachen für seinen Auftraggeber pfände, bewirkt.

Ist die erste Pfändung durch einen anderen Gerichtsvollzieher bewirkt, so ist diesem eine Abschrift des Protokolls zuzustellen.

Der Schuldner ist von den weiteren Pfändungen in Kenntniß zu setzen.

1. **Wenn der Gerichtsvollzieher eine Anfangs gegen § 712 der C. P. O. gepfändete und in Gewahrsam genommene fremde Sache nachträglich auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels gegen deren wirklichen Eigenthümer pfändet, so bedarf es nur der betr. Erklärung an den Eigenthümer, nicht eines neuen Pfändungsprotokolls.** Die besondere Bestimmung des § 727 der C. P. O. findet hier keine Anwendung, da sie sich nur auf die Anschlußpfändung eines zweiten Gläubigers bezieht. (R. G. 28. II. 85.) U. u. A. I. (290.) 470. 471.

2. **Die Wirksamkeit einer Pfändung bereits gepfändeter Sachen ist im Falle des § 727 Abs. 2 C. P. O. nicht durch die vorgeschriebene Zustellung der Abschrift des Protokolles an den erstpfändenden Gerichtsvollzieher bedingt.** Der bezogene Paragraph bestimmt im ersten Absatze, daß die Pfändung bereits gepfändeter Sachen durch die in das Protokoll aufzunehmende Erklärung des Gerichtsvollziehers, daß er die Sachen für seinen Auftraggeber pfände, bewirkt wird, und schreibt dann in Abs. 2 und 3 vor, daß, im Falle ein anderer Gerichtsvollzieher die erste Pfändung bewirkt hat, diesem eine Abschrift des Protokolles zuzustellen, und der Schuldner von den weiteren Pfändungen in Kenntniß zu setzen ist. Nach dem Wortlaute des Gesetzes geschieht also die Anschlußpfändung durch die bezügliche protokollarische Erklärung des Gerichtsvollziehers, mit dieser Erklärung ist dieselbe „bewirkt", d. h. in der Sprache der Civilprozeßordnung wirksam vollzogen. In gleichem Sinne heißt es im § 730 Abs. 3, daß die Pfändung einer Geldforderung mit der Zustellung des gerichtlichen Beschlusses an den Drittschuldner als „bewirkt" anzusehen ist, und ebenso lautet der § 712 Abs. 1 dahin, daß eine Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sachen durch die Inbesitznahme derselben seitens des Gerichtsvollziehers „bewirkt" wird. Die Absätze 2 und 3 des § 727 enthalten reglementarische Vorschriften, welche die Mittheilung von der erfolgten Anschlußpfändung an die interessirten Personen, den erstpfändenden Gerichtsvollzieher, auf welchen der Auftrag des zweiten Gläubigers zur weiteren Vollstreckung kraft Gesetzes (§ 728 a. a. O.) übergeht, und den Schuldner, dessen Kenntniß namentlich auch für die Begründung seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Bedeutung ist, zum Gegenstande haben (§ 712 Abs. 3). Diese Vorschriften sind für den Gerichtsvollzieher obligatorisch (§ 84 der preuß. Geschäftsanweisung vom 24. Juli 1879) und ihre Nichtbeobachtung macht denselben für die Folgen verantwortlich, die Wirksamkeit der

Digitized by Google

Pfändung ist aber ebensowenig durch die Zustellung an den erstpfändenden Gerichtsvollzieher (Abs. 2), als durch die Mittheilung an den Schuldner (Abs. 3) bedingt. Den Motiven zu § 675 des Entwurfes (vgl. Hahn, Materialien S. 456) kann eine maßgebende Bedeutung nicht beigelegt werden. Dieselben sind ersichtlich aus dem Entwurfe von 1871 zu § 641 desselben herübergenommen. Der letztere lautet: „Die Pfändung bereits gepfändeter Sachen wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dem Gerichtsvollzieher, welcher die erste Pfändung bewirkt hat, erklärt, er pfände die Sachen für seinen Auftraggeber, oder wenn er selbst die erste Pfändung bewirkt hat, diese Erklärung zu Protokoll feststellt. Dem anderen Gerichtsvollzieher, welcher die erste Pfändung bewirkt hat, ist eine Abschrift des aufgenommenen Protokolles zuzustellen und der Schuldner von der Pfändung in Kenntniß zu setzen." In dem Entwurfe von 1872 ist aber die Fassung der entsprechenden Bestimmung (§ 662 a. a. O.) geändert, und stimmt letzterer dem Wortlaute nach mit dem § 727 C. P. O. überein. Die so erfolgte Aenderung hat nun die sachliche Bedeutung, daß für die Anschlußpfändung das Erforderniß der Erklärung an den erstpfändenden Gerichtsvollzieher beseitigt ist und nunmehr dieselbe in allen Fällen durch die vorgeschriebene protokollarische Erklärung des damit beauftragten Gerichtsvollziehers bewirkt, d. h. wirksam vollzogen wird. Dieser Aenderung gegenüber können die Motive, welche sich an den § 641 a. a. O. des Entwurfes von 1871 anschließen und offenbar aus Versehen unverändert herübergenommen sind, für die Auslegung des § 727 a. a. O. nicht maßgebend sein. (Vgl. v. Wilmowsky u. Levy zu § 727 Note 2; Petersen, 2. Ausg. S. 1012; Gaupp, Bd. 3 S. 296; Endemann, Bd. 3 S. 236; A. M. Struckmann u. Koch zu § 727 Note 2; Sarwey, Bd. 2 S. 207; v. Bülow zu § 727 Note 1; Seuffert, 2. Ausg. zu § 727 Note 2. Eine dritte Auffassung bei Fitting, 4. Ausg. S. 345. 346 Note 16.) — (R. G. 22. XI. 84.) R. C. XIII. (87.) 345—347.

§ 728.

§ 728.

Auf den Gerichtsvollzieher, von welchem die erste Pfändung bewirkt ist, geht der Auftrag des zweiten Gläubigers kraft Gesetzes über, sofern nicht das Vollstreckungsgericht auf Antrag eines betheiligten Gläubigers oder des Schuldners anordnet, daß die Verrichtungen jenes Gerichtsvollziehers von einem andern zu übernehmen seien. Die Versteigerung erfolgt für alle betheiligten Gläubiger.

Ist der Erlös zur Deckung der Forderungen nicht ausreichend und verlangt der Gläubiger, für welchen die zweite oder eine spätere Pfändung erfolgt ist, ohne Zustimmung der übrigen betheiligten Gläubiger eine andere Vertheilung als nach der Reihenfolge der Pfändungen, so hat der Gerichtsvollzieher die Sachlage unter Hinterlegung des Erlöses dem Vollstreckungsgericht anzuzeigen. Dieser Anzeige sind die auf das Verfahren sich beziehenden Schriftstücke beizufügen.

In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn die Pfändung für mehrere Gläubiger gleichzeitig bewirkt ist.

§ 759. Ger. K. G. § 35 Nr. 3.

III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

§ 729.

§ 729.

Die gerichtlichen Handlungen, welche die Zwangsvollstreckung in Forderungen

Digitized by Google

und andere Vermögensrechte zum Gegenstande haben, erfolgen durch das Vollstreckungsgericht.

Als Vollstreckungsgericht ist das Amtsgericht, bei welchem der Schuldner im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen das Amtsgericht zuständig, bei welchem in Gemäßheit des § 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann.

Ger. K. G. § 35 Nr. 3.

1. **Es ist nicht Aufgabe des Vollstreckungsgerichts, vor der Anordnung der beantragten Pfändung sich über die Existenz der zu pfändenden Forderung zu vergewissern.** (R. G. 6. II. 85.) R. C. XIII. (43.) 177.

2. **Unzulässigkeit der Beschlagnahme eines künftigen Pflichterbtheils nach Bamberger Landrecht.** Aus den Bestimmungen in Thl. 1 Anh. 2 Tit. VI. § 7 des Bamberger Landrechts läßt sich ein Forderungsrecht, dessen vollstreckbare Beschlagnahme gemäß § 729 und § 743 der C. P. O. zulässig wäre, nicht antreten. Es gelangt vielmehr das Pflichttheilsrecht der Kinder erst mit dem Tode der Eltern zur Existenz, und kann der Pflichttheil daher nicht schon zu Lebzeiten der Eltern mit Beschlag belegt werden. Die §§ 6 l. c. lassen entnehmen, daß das Bamberger Landrecht den Kindern, soferne sie als Notherben ihrer Eltern ein Interesse daran haben, daß sie an dem ihnen zur Zeit des wirklichen Erbanfalles zukommenden Pflichttheile nicht verkürzt werden, die Befugniß einräumt, schon bei Lebzeiten der Eltern zur Sicherung ihres künftigen Erbanspruches Vorkehrungen zu treffen. Der Grund, aus welchem diese Befugniß ertheilt wurde, liegt offenbar darin, daß zwar die betreffenden Kinder auch bei Unterlassung dieser Sicherheit von denjenigen Kindern, welche zu Lebzeiten der Eltern mehr als ihre gebührende Erbsportion erlangt haben, Ersatz zu verlangen berechtigt sind, soweit sie zur Zeit des Erbanfalles an ihrem Pflichttheile verletzt erscheinen, daß aber dieser Anspruch durch die inzwischen eingetretene Unvermögendheit des Ersatzpflichtigen vereitelt werden könnte. Hieraus ergibt sich, daß die Bestimmung in § 7 a. a. O. lediglich die den Kindern gewährte Sicherung ihres Pflichttheils zum Gegenstande hat und ohne allen Einfluß auf die Eigenschaft des Pflichttheilsrechtes selbst als eines künftigen, erst mit dem Tode der Eltern zur Entstehung gelangenden Anspruches der Kinder ist, daß vielmehr diese Eigenschaft als ausdrücklich anerkannt und als der Anlaß zur fraglichen Bestimmung zu erachten ist, weil sie getroffen wurde, um zu verhüten, daß die betreffenden Kinder in ihrem Pflichttheil zu seiner Zeit, nämlich zur Zeit des wirklichen Erbanfalles, zu welcher dieser Pflichttheil zur Entstehung gelangt, Noth leiden möchten. Das Bamberger Landrecht erkennt also durch die hier in Frage stehenden Bestimmungen das Pflichttheilsrecht der Kinder als ein zum Vermögen der letzteren schon bei Lebzeiten der Eltern gehöriges Forderungsrecht nicht an, woraus von selbst folgt, daß auch von der vollstreckungsweisen Beschlagnahme des Pflichttheils eines Kindes zu Lebzeiten der Eltern nicht die Rede sein kann. (B. O. L. 22. XII. 84.) S. X. (239.) 641—644.

3. **Pfändung einer dem Schuldner und dritten Personen gemeinschaftlich zustehenden Forderung.** (R. G. 6. II. 85.) S. hierüber bei § 746 ad R. C. XIII. (43.) 176. 177.

4. **Der Drittschuldner kann sich darauf berufen, daß die Pfändung der Forderung von einem nach § 729 der C. P. O. unzuständigen Gericht**

Digitized by Google

vorgenommen und daher ungültig sei. Für die Wirkung von Beschlüssen eines unzuständigen Gerichts fehlt es überhaupt an gesetzlichen Vorschriften; die auf solche Beschlüsse gegründeten Vollstreckungsmaßregeln müssen deßhalb als absolut ungültige angesehen werden. Schon hieraus ergibt sich die Berechtigung zur Anfechtung von Pfändungen und Ueberweisungen. Es kommt aber noch die Erwägung hinzu, daß jeder Schuldner berechtigt und verpflichtet ist, die formale Rechtsgültigkeit des Rechtsakts zu prüfen, durch welchen ihm statt des bisherigen ein anderer Gläubiger gegenübergestellt wird. Auf keinen Fall kann dem Drittschuldner, welcher weiß, daß die Ueberweisung der von ihm geschuldeten Forderung eine ungültige ist, das Recht benommen werden, sich durch die Rüge der Ungültigkeit gegen Regreßansprüche zu sichern. Urtheil des Reichsgerichts vom 11. November 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 196 S. 253. 254.

5. **Das mit der Klage auf Gültigerklärung der Pfändung befaßte Gericht kann die Ueberweisung der gepfändeten Forderung nicht verfügen.** Diese Ueberweisung kann vielmehr nach den §§ 707. 729. 736 C. P. O. nur in dem gegen den Schuldner gerichteten Vollstreckungsverfahren durch das zuständige Vollstreckungsgericht erfolgen. (R. G. 2. I. 83.) R. C. IX. (107.) 365.

I. Geldforderungen.

Pfändung.

§ 730.

§ 730.

Soll eine Geldforderung gepfändet werden, so hat das Gericht dem Drittschuldner zu verbieten, an den Schuldner zu zahlen. Zugleich hat das Gericht an den Schuldner das Gebot zu erlassen, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten.

Der Gläubiger hat den Beschluß dem Drittschuldner zustellen zu lassen. Der Gerichtsvollzieher hat den Beschluß mit einer Abschrift der Zustellungsurkunde dem Schuldner sofort zuzustellen, sofern nicht eine öffentliche Zustellung erforderlich wird. Ist die Zustellung an den Drittschuldner auf unmittelbares Ersuchen des Gerichtsschreibers durch die Post erfolgt, so hat der Gerichtsschreiber für die Zustellung an den Schuldner in gleicher Weise Sorge zu tragen. An Stelle einer an den Schuldner im Auslande zu bewirkenden Zustellung erfolgt die Zustellung durch Aufgabe zur Post.

§ 736 Abs. 3.

Mit der Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner ist die Pfändung als bewirkt anzusehen.

Ger. K. G. § 35 Nr. 3.

1. **Das nach § 730 C. P. O. im Falle der Pfändung einer Geldforderung an den „Schuldner" (Exequenten, Arrestschuldner) zu erlassende Gebot, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten, steht einer Klage auf Zahlung zur Hinterlegungsstelle nicht entgegen.** Der Schuldner einer gepfändeten Forderung bleibt nach wie vor verpflichtet, die fällige Schuld zu zahlen, und andererseits berechtigt, durch Zahlung, oder, falls diese nicht geschehen kann, durch Hinterlegung der schuldigen Summe von seiner Schuld sich zu befreien (A. L. R. I. 16 Abschn. 3). Ein Recht, die Zahlung zurückzuhalten, überhaupt ein Recht, welches er der Klage des Gläubigers einwandsweise entgegensetzen könnte, gewinnt der Schuldner der gepfändeten Forderung durch die Pfändung nicht. Der ihm gegen seinen Gläubiger zu-

Digitized by Google

stehende Einwand beruht lediglich auf dem nach § 730 Abs. 1 C. P. O. an ihn als Drittschuldner erlassenen Verbote, an den Schuldner (d. h. seinen Gläubiger) zu zahlen, und deckt sich mit der Verkümmerung des Gläubigerrechtes, welche in dem an letzteren erlassenen Gebote, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten, ausgedrückt ist (§ 730 a. a. O.). Diese Beschränkung des Gläubigerrechtes dient aber nur zur Sicherung des Pfändungsgläubigers und findet hierin ihre Grenze. Nur Dispositionen zum Nachtheile des Gläubigers, d. h. Dispositionen, welche mit dem Rechte des letzteren auf Befriedigung oder Sicherung unvereinbar, sind dem Schuldner untersagt. Der Zahlung der schuldigen Summe an die Hinterlegungsstelle, zu welcher ja im Falle der Pfändung der Drittschuldner nach §§ 215. 216 A. L. R. I. 16 berechtigt ist, steht die Pfändung an sich nicht entgegen; folglich kann auch der Schuldner (Drittschuldner) aus dem an ihn erlassenen Verbote, an seinen Gläubiger zu zahlen, keinen Grund entnehmen, die Zahlung zur Hinterlegungsstelle zu verweigern. **Der Schuldner einer im Wege des Arrestes gepfändeten fälligen Forderung ist nicht bloß berechtigt, sondern auf Verlangen seines Gläubigers auch verpflichtet, die Zahlung zur Hinterlegungsstelle zu leisten. Modifikation bei Hypothekenforderungen. Zusammentreffen der Eigenschaft als Arrestgläubiger und als Schuldner der gepfändeten Forderung.** (R. G. 13. IV. 87.) R. C. XVII. (65.) 292. 293.

2. **Der dingliche Arrest durch Pfändung einer Forderung darf erst nach Zustellung des Arrestbefehles an den Schuldner vollzogen werden.** (R. G. 16. III. 83.) S. hierüber bei § 808 ad R. C. VIII. (128.) 429—433.

3. Zur Pfändung einer Geldforderung ist nur ein Beschluß des Gerichts erforderlich, dessen Inhalt einerseits in einem Verbote an den Drittschuldner, an den Schuldner zu zahlen, andererseits in einem Gebote an den letzteren besteht, sich jeder Verfügung über die Forderung zu enthalten. **Mit der Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner ist die Pfändung als bewirkt, bezw. der Arrestschlag als erfolgt anzusehen.** (R. G. 8. XI. 81.) R. A. III. (330.) 693.

4. **Die Zustellung des Zahlungsverbotes einer lediglich als dinglich gesicherter Anspruch beschlagnahmten Forderung kann nur an den Besitzer des Hypothekenobjektes als Drittschuldner giltig geschehen. Eine bloße Ersatzzustellung an diesen ist nicht von gleicher Rechtswirksamkeit begleitet.** (V. O. L. 3. VII. 84.) S. X. (176.) 476 f.

5. **Wenn der Drittschuldner im Auslande wohnt, hat die Zustellung gemäß § 182 stattzufinden.** Beschluß des Reichsgerichts vom 2. Mai 1885. Bl. f. R. A. 1885 bes. Beil. 6 S. 297 ff. S. hierüber bei § 810 Abs. 1 ad S. A. XLI. (158.) 240. 242.

6. **Durch die im Wege der Zwangsvollstreckung bewirkte Beschlagnahme einer Hypothekenforderung ist auch das über diese Forderung lautende Hypothekendokument als Zubehör der Forderung gepfändet.** (R. G. 22. XII. 82.) R. St. VII. (108.) 360—368. R. A. IV. (398.) 893—899.

7. **Durch gerichtliche Beschlagnahme der aus allmonatlichen Rechnungsabschlüssen sich ergebenden Guthaben ist dem Drittschuldner auch die Zahlung von Vorschüssen an den ursprünglichen Schuldner auf Grund der bei**

Digitized by Google

jeweiligen vorläufigen Abrechnungen sich zu dessen Gunsten herausstellenden Guthaben versagt. (B. O. L. 11. VII. 81.) S. IX. (81.) 267 ff.

8. **Zulässigkeit der Vereinigung eines Arrestbefehls und eines Forderungspfändungsbeschlusses in einer gerichtlichen Verfügung.** (B. O. L. 3. VII. 84.) S. X. (176.) 476 f. S. hierüber bei § 796.

9. **Für die Zustellung eines im Arrestprozesse ergangenen richterlichen Befehls greifen die Bestimmungen des § 671, nicht jene des § 730 der C. P. O. Platz.** (B. O. L. 3. VII. 84.) S. X. (176.) 480. S. hierüber bei § 671.

10. **Die gleichzeitige oder vorgängige Zustellung an den Schuldner ist bei dem Pfändungsbeschluß kein Erforderniß.** Das Gesetz geht vielmehr davon aus, daß dem Schuldner erst nach dem Drittschuldner zuzustellen sei, indem es in Abs. 2 den Gerichtsvollzieher verpflichtet, den Beschluß mit einer Abschrift der Zustellungsurkunde an den Drittschuldner dem Schuldner zuzustellen. **Wenn aber die Verfügung zugleich einen Arrestbeschluß als Vollstreckungstitel enthält, so ist die Vorschrift des § 730 nicht maßgebend.** Der Charakter des Arrestbeschlusses wird durch denjenigen des Pfändungsbeschlusses nicht absorbirt. Die Vereinigung beider Beschlüsse in derselben Ausfertigung kann nur dazu führen, daß bei der Zustellung dieser Ausfertigung sowohl den hinsichtlich des einen als des anderen Beschlusses bestehenden Vorschriften nachzukommen ist. Eine Bestimmung, daß die Zustellung des Arrestbeschlusses an den Arrestbeklagten unterbleiben könne, ist im Gesetz nicht enthalten; das Gegentheil geht aus der Bestimmung des § 802 Abs. 2 hervor, wonach die Partei, welche den Arrest erwirkt hat, dem Gegner den Arrestbeschluß zustellen zu lassen hat. Erkenntniß des O. L. G. zu Stuttgart vom 30. Dezember 1881. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 74 S. 113. 114.

11. Nach Pr. Rechte kann bei Pfändung einer Hypothekenforderung in einer Verfügung des Schuldners über die Hypothekenurkunde der Thatbestand des Arrestbruchs gefunden werden. Entsch. des R. G. v. 22/12. 82. (Entsch. in Straff. VII. 360.)

§ 731.

§ 731.

Inwieweit die Pfändung einer Forderung in das Hypothekenbuch einzutragen und wie eine solche Eintragung zu erwirken ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

§ 732.

§ 732.

Die Pfändung von Forderungen aus Wechseln und anderen Papieren, welche durch Indossament übertragen werden können, wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher diese Papiere in Besitz nimmt.

Wechsel-O. Art. 36, 39. H. G. B. Art. 303, 305.

§ 733.

§ 733.

Das Pfandrecht, welches durch die Pfändung einer Gehaltsforderung oder einer ähnlichen in fortlaufenden Bezügen bestehenden Forderung erworben wird, erstreckt sich auch auf die nach der Pfändung fällig werdenden Beträge.

§ 709 Abs. 3.

§ 734.

§ 734.

Durch die Pfändung eines Diensteinkommens wird auch dasjenige Einkommen betroffen, welches der Schuldner in Folge der Versetzung in ein anderes Amt, der Uebertragung eines neuen Amts oder einer Gehaltserhöhung zu beziehen hat.

Diese Bestimmung findet auf den Fall der Aenderung des Dienstherrn keine Anwendung.

§ 735.

§ 735.

Vor der Pfändung ist der Schuldner über das Pfändungsgesuch nicht zu hören.

Digitized by Google

Ueberweisung.

§ 736. § 736.

Die gepfändete Geldforderung ist dem Gläubiger nach seiner Wahl zur Einziehung oder an Zahlungsstatt zum Nennwerthe zu überweisen.

Im letzteren Falle geht die Forderung auf den Gläubiger mit der Wirkung über, daß derselbe, soweit die Forderung besteht, wegen seiner Forderung an den Schuldner als befriedigt anzusehen ist.

Die Bestimmungen des § 730 Absatz 2 finden entsprechende Anwendung.

§ 748.

1. Ueber **die gerichtsseitige Ueberweisung einer gepfändeten Forderung zur Einziehung** s. § 737 ad S. A. 41. bezw. 11. (317.) 470. 471.

2. **In der Ueberweisung einer Forderung zur Einziehung ist keine Veräußerung oder Zession enthalten, sondern der bisherige Forderungsinhaber nach wie vor der Berechtigte.** (S. auch B. O. L. 20. XII. 75. S. V. (289.) 771.) Es kommt auch zur Einziehung gar nicht, wenn der Schuldner den angewiesenen Gläubiger auf andere Art befriedigt oder der Gläubiger dieses Vollstreckungsmittel wieder fallen läßt. (B. O. L. 14. X. 82.) S. IX. (238.) 700.

3. **Durch die Ueberweisung zur Einziehung wird nach § 736 C. P. O. die gepfändete Forderung nicht aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden. Vielmehr tritt eine Uebertragung der Forderung auf den gepfändeten Gläubiger nach dieser Vorschrift nur dann ein, wenn sich der pfändende Gläubiger die Forderung an Zahlungsstatt überweisen läßt.** Durch die Ueberweisung zur Einziehung wird der pfändende Gläubiger nur ermächtigt, die gepfändete Forderung Namens des Schuldners einzuziehen und sich dadurch Befriedigung zu verschaffen. Derselbe hat nicht die Stellung eines Cessionars, sondern diejenige eines gesetzlichen Mandatares des Schuldners (procurator in rem suam). Erst durch die Einziehung der ihm überwiesenen Forderung wird der erwähnte Gläubiger befriedigt. Bis zur Einziehung ist der Schuldner, dessen Forderung gepfändet wurde, als der Forderungsberechtigte anzusehen. (R. G. 10. VI. 87.) R. C. XVIII. (90.) 399.

4. **Die Pfändung bewirkt nur ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande und läßt das Eigenthums- bezw. Gläubigerrecht an demselben unberührt. Die Ueberweisung einer gepfändeten Forderung an Zahlungsstatt dagegen bewirkt nach § 736 Abs. 2 der C. P. O. eine Uebertragung der Forderung in das Vermögen des pfändenden Gläubigers, welcher demgemäß volle Disposition über dieselbe gewinnt, darüber transigiren und darauf verzichten kann. Sie wirkt wie eine Zession** (Seuffert, Komm. zur C. P. O. § 736 Anm. 2 B.). **Daraus ist aber e contrario zu entnehmen, daß die bloße Ueberweisung der gepfändeten Forderung zur Einziehung nicht die volle Wirkung einer Uebertragung derselben aus dem Vermögen des Schuldners in das des pfändenden Gläubigers mit sich bringt.** Allerdings ist in der C. P. O. die rechtliche Stellung des pfändenden Gläubigers in Ansehung der ihm zur Einziehung überwiesenen Forderung nicht scharf präzisirt; auch könnte man dem aus dem § 736 Abs. 2 zu entnehmenden argumentum e contrario das Bedenken entgegensetzen, daß in den Worten „im letzteren Fall (dem Fall der Ueberweisung an Zahlungsstatt) geht die Forderung auf den Gläubiger mit

Digitized by Google

der Wirkung über, daß derselbe, soweit die Forderung besteht, wegen seiner Forderung an den Schuldner als unbefriedigt anzusehen ist", das dispositive Element nur in der angeführten Wirkung des Uebergangs der Forderung in das Vermögen des pfändenden Gläubigers zu finden sei und nur diese Wirkung, nicht aber der Uebergang selbst für den Fall einer Ueberweisung zur Einziehung als ausgeschlossen zu betrachten sei. Wie dem aber auch sein mag, so wird doch im Zweifel und ohne einen durch das Gesetz gegebenen positiven Anhaltspunkt der Ueberweisung zur Einziehung die stärkere Wirkung einer Ausscheidung aus dem Vermögen des Schuldners nicht beigelegt werden dürfen, und zwar um so weniger, als auch ohne diese Wirkung eine Einziehung durch den pfändenden Gläubiger sehr wohl ausführbar ist. Er zieht die Forderung Namens seines Schuldners, als dessen Zwangsbevollmächtigter, ein, und thut er dies auch in rem suam, nämlich um aus dem einzuziehenden Objekt sich bezahlt zu machen, so ist doch schon nicht um deßwillen die Forderung als ein Bestandtheil seines Vermögens zu betrachten; vielmehr wird er — im Gegensatz zu Demjenigen, welchem die Forderung zedirt oder an Zahlungsstatt überwiesen ist — bei der Einziehung die Sorgfalt eines ordentlichen Mandatars anzuwenden haben, er wird über das Ergebniß der Einziehung Rechnung abzulegen haben, er ist nicht legitimirt, über die Forderung zu transsigniren und darauf zu verzichten (vgl. Wilmowsky und Levy, Komm. zur C. P. O. § 736 Anm. 1). Die Stellung des Gläubigers, welchem eine gepfändete Forderung zur Einziehung überwiesen wurde, ist daher ähnlich der des Gläubigers, welchem eine Forderung verpfändet wurde, nach r. R., und seine Klage gegen den Drittschuldner ist wohl vergleichbar der jenem zustehenden actio utilis, wie denn auch in den Motiven zur C. P. O. (S. 434) dieser Vergleich gezogen wird. Durch die vollendete Einziehung wird die Sachlage freilich geändert, weil die Forderung dadurch aufhört zu existiren und der Gläubiger das eingezogene Objekt der Forderung, wenn es in Geld besteht und insoweit er dessen zu seiner Befriedigung bedarf, sich anzueignen befugt ist, dasselbe also gar nicht in das Vermögen des Schuldners und ursprünglichen Inhabers der Forderung gelangt. Urtheil des hanseatischen O. L. G. zu Hamburg vom 12. Juli 1881. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 79 S. 111—113.

5. **Durch die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Ueberweisung einer Hypothekenforderung zur Einziehung werden die bis dahin der Forderung entgegenstehenden Einwendungen nicht ausgeschlossen.** Das Pfandrecht an einer Forderung gab schon nach preußischem Rechte dem Pfandgläubiger nicht ein unmittelbares Klagerecht gegen den Drittschuldner (vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 8 S. 279) und auch § 736 C. P. O. gibt als Mittel zur Geltendmachung des Pfandrechtes aus der Pfändung in die gepfändete Forderung nur die Ueberweisung derselben entweder zur Einziehung oder an Zahlungsstatt. Der Ueberweisung der Forderung zur Einziehung hat die Civilprozeßordnung nicht den Charakter eines bestimmten Rechtsgeschäftes, etwa der Anweisung, beigelegt; nach den Motiven, denen hier zu folgen ist, soll dadurch eine actio utilis im Sinne des gemeinen Rechtes gegeben werden. Die actio utilis ist die der directa nachgebildete Klage; der Ueberweisung zur Einklagung ist also die Be-

Digitized by Google

deutung beizulegen, daß der überwiesene Anspruch des bisherigen Gläubigers, so wie er diesem zustand, nunmehr von Demjenigen, dem er überwiesen ist, aber für dessen eigene Rechnung geltend gemacht werden kann. **Der auf Grund der Ueberweisung zur Einziehung erhobenen Klage gegenüber können daher die Einwendungen, welche dem Beklagten gegen seinen bisherigen Gläubiger bis zur Ueberweisung zustanden, auch ferner entgegengesetzt werden.** (R. G. 17. I. 83.) R. C. VIII. (69.) 278. 279. A. VII. (120.) 385—387. S. auch (R. G. 14. II. 83.) R. A. 1883 bes. Beil. 4 S. 2. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 287 S. 371. 372.

6. **Der Inhaber einer Geldforderung hat als solcher, falls nicht besondere Rechtsgründe vorliegen, nur einen Anspruch auf Zahlung, nicht auf Uebereignung von Geldforderungen des Schuldners; ein Recht auf diese Uebereignung steht ihm erst bei Erlangung eines die Zwangsvollstreckung zulassenden Titels zu** (§ 736 der R. C. P. O.). Wenn ein Schuldner also einem Gläubiger, welcher nur Zahlung beanspruchen kann, eine Befriedigung durch Hingabe an Zahlungsstatt gewährt, so ist dies im Sinne des § 211 der R. Konk. O. eine Befriedigung, welche in der Art der Gläubiger nicht zu beanspruchen hatte. (R. G. 27. X. 82.) A. VI. (138.) 451.

7. **Eine nach den §§ 732, 736 Abs. 1 der R. C. P. O. erfolgte Ueberweisung einer Wechselforderung berechtigt zu deren Geltendmachung im Wechselprozesse.** (R. G. 8. XI. 82.) S. hierüber bei § 555 ad A. VII. (25.) 85.

8. **Voraussetzungen der Klage des Gläubigers, für den ein von Gegenleistungen abhängiges Forderungsrecht gepfändet ist, gegen den Drittschuldner.** Das Forderungsrecht muß „überwiesen" sein, eine bloße „Einweisung" genügt nicht; durch letztere wird der Gläubiger dem Drittschuldner gegenüber nicht einem Zessionare gleichgestellt. (R. G. 21. I. 82.) R. C. VI. (116.) 380.

9. **Das mit der Klage auf Gültigerklärung der Pfändung befaßte Gericht kann die Ueberweisung der gepfändeten Forderung nicht verfügen.** (R. G. 2. I. 83.) S. bei § 729 ad R. C. IX. (107.) 365.

§ 737. **§ 737.**

Die Ueberweisung ersetzt die förmlichen Erklärungen des Schuldners, von welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist.

Der Schuldner ist verpflichtet, dem Gläubiger die über die Forderung vorhandenen Urkunden herauszugeben. Die Herausgabe kann von dem Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt werden.

§§ 769 ff.

1. **Die Ueberweisung zur Einziehung bewirkt nur eine seitens des Schuldners dem Gläubiger ertheilte Ermächtigung zur Einkassirung und Einklagung.** (Seuffert, Kommentar zur Civilprozeßordnung S. 757.) Laut § 737 wird die zu solcher Thätigkeit des Gläubigers erforderte Ermächtigung des Schuldners durch den Akt der gerichtlichen Ueberweisung zur Einziehung ersetzt. Hiernach wird der Gläubiger bei dieser Art der Ueberweisung nicht, wie bei der ersteren, selbst Gläubiger des Drittschuldners, sondern er übt, wenn auch aus eigenem Rechte und im eigenen Namen, doch nur das Forderungsrecht seines Schuldners aus. Demgemäß sind die dem Gläubiger erstehenden Rechte im Wesentlichen so zu beur-

Digitized by Google

theilen, wie die in der bayerischen Prozeßordnung durch eine Einweisung dem Gläubiger nach Art. 985 zukommende rechtliche Stellung. Diesem zufolge begründete die Einweisung für den Gläubiger zwar die Wirkung einer Vollmacht, die eingewiesene Forderung für sich beizutreiben, keineswegs aber den Eintritt in das Forderungsrecht selbst im Wege einer cessio necessaria. (S. Bd. III S. 560, Bd. V S. 771 dieser Sammlung.) Wenn auch, wie die Motive zu § 736 der Reichs-Civilprozeßordnung entnehmen lassen, es absichtlich vermieden wurde, dem Akte der Ueberweisung die Natur eines bestimmten Rechtsgeschäftes beizulegen, so kann doch nach den im Gesetze gewollten Wirkungen dieses Aktes die Sache nur so aufgefaßt werden, daß die gemäß § 737 durch die Ueberweisung zu ersetzende Erklärung des Schuldners dessen Willensäußerung begreife, daß seine Gläubiger bis zu dem Betrage seines Guthabens aus der überwiesenen Forderung durch Einhebung und Einklagung seine Befriedigung zu holen ermächtigt sein solle. Mag man nun das Rechtsverhältniß, welches durch diesen Akt der Ueberweisung entsteht, nach Art eines Mandates oder einer Assignation auffassen, in keinem Falle scheidet der Schuldner aus dem Forderungsverhältnisse zu dem Drittschulder so aus, daß dieses ihm gegenüber nur ein fremdes würde. Vielmehr bleibt er Gläubiger mit der einzigen durch die Ueberweisung bewirkten Einschränkung. Daraus aber, daß der eingewiesene Gläubiger ein fremdes Forderungsrecht ausübt, folgt, daß er keineswegs ohne jede Rücksicht auf den Herrn derselben darüber verfügen kann, und daß es ihm insbesondere nicht gestattet ist, durch einseitige Disposition dem Drittschuldner Nachlässe zu bewilligen oder sonstwie sich zu vergleichen. (Petersen, Kommentar zu der deutschen Civil-Prozeßordnung, II. S. 775; Wilmowsky, Kommentar S. 852; Bülow, Kommentar S. 504.) — (Dies ist auch bei der Assignation nach Bayerischem Landrecht anerkannt. Blätter für Rechtsanwendung Bd. XV S. 330.) — (B. O. L. 3. XII. 80.) S. IX. (15.) 47. 48. Sh. auch Urth. des obersten L. G. für Bayern vom 3. II. 81 in S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 248 S. 371—373.

2. **Durch § 737 C. P. O. wird lediglich die Legitimation des Gläubigers zur Einklagung der Forderung geregelt.** Aus dieser Vorschrift kann daher nicht gefolgert werden, daß auch durch die Ueberweisung zur Einziehung die gepfändete Forderung aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden werde und auf den pfändenden Gläubiger übergehe. Diese Wirkung würde übrigens auch eine vom gepfändeten Schuldner ertheilte Ermächtigung zur Einziehung der Forderung nicht haben, da eine solche Anweisung eine förmliche Uebertragung der Forderung nicht enthält. (Vgl. hierzu Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 11 S. 49 ff., besonders S. 50. 51; Seuffert, Archiv Bd. 38 S. 111. 370, Bd. 41 S. 469; Struckmann-Koch, § 736 Nr. 3; Wilmowsky-Levy, ebendas. Nr. 1; Seuffert, ebendas. Nr. 5; Petersen, § 736 Bem. II u. IV S. 1024. 1026.) — (R. G. 10. VI. 87.) R. C. XVIII. (90.) 399. 400.

3. **Zessibilität eines von Gegenleistungen abhängigen Forderungsrechtes mit Rücksicht auf § 737 Abs. 1 R. C. P. O.** Hier gilt analog dasselbe, wie bei Zessionen von Ansprüchen aus gegenseitigen Verträgen; der Zessionar wird nur insofern berechtigt, als er die nach dem Vertrage dem Zedenten obliegende Gegenleistung beschafft und nach ihrer Natur zu be-

Digitized by Google

schaffen vermag. (R. G. 21. I. 82.) R. C. VI. (116.) 379. (R. H. XII. (22.) 77.)

4. Die erfolgte **Ueberweisung einer Wechselsumme** berechtigt zu deren Geltendmachung im Wechselprozesse. Entsch. des R. G. v. 8/1. 83.

5. Die in Gemäßheit des § 736 erfolgende gerichtsseitige Ueberweisung einer gepfändeten Forderung zur Einziehung hat zwar einen Uebergang der letzteren aus dem Vermögen des Schuldners in das des Gläubigers, also eine eigentliche Singularsuccession, nicht zur Folge, und es ist auch vom Gesetz absichtlich vermieden, dem Ueberweisungsakt nach dieser Richtung hin die Natur eines bestimmten Rechtsgeschäfts beizulegen und das aus demselben entstehende Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner anders als in seinen Wirkungen zu bezeichnen; allein um so bestimmter geht das Gesetz, was auf der anderen Seite das durch die Ueberweisung begründete Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Drittschuldner betrifft, von der Annahme aus, daß jener Rechtsakt die vollständigste Legitimation des Gläubigers zur Einklagung der gepfändeten Forderung an Stelle des Schuldners zur Folge habe, und somit die gerichtliche Ueberweisung als Akt der Zwangsvollstreckung ganz der gemeinrechtlichen Gestaltung der actio utilis zur Einklagung einer verpfändeten Forderung entspreche. In § 737 Abs. 1 ist überdies auch noch mit vollster Bestimmtheit gesagt, daß die Ueberweisung die förmlichen Erklärungen des Schuldners ersetzen solle, von welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist. **Nun bringen es aber schon die in dieser Gesetzesstelle in Bezug genommenen Vorschriften des bürgerlichen Rechts mit sich, daß die Ueberweisung einer Forderung zur Geltendmachung den überweisenden Gläubiger verpflichtet, dem Ueberweisungsempfänger die Verfolgung der Forderung, soweit die Mittel dazu in seinen Händen sind, möglich zu machen und zu erleichtern, ihm die erforderliche Aufklärung über die Forderung zu geben und die etwaigen Rechtsbehelfe gegen die entgegenstehenden Einwendungen mitzutheilen, die auf die Forderung bezüglichen Beweismittel anzugeben, insbesondere auch die darüber lautenden Schuldurkunden auszuantworten.** Es gilt dies sowohl von derjenigen Ueberweisung, welche in vim assignationis, als auch besonders von derjenigen, welche in vim cessionis geschieht. Die Unterstellung der letzteren erscheint hier übrigens um so mehr an ihrem Ort, als, wie die Verhandlungen der Reichsjustizkommission zu § 741 deutlich ergeben, die Ueberweisung einer gepfändeten Forderung die ausschließliche Disposition über letztere übertragen, der Exequendus mithin vom Augenblick der Ueberweisung an nicht mehr zur Klage gegen den Drittschuldner legitimirt sein soll. Bei der Zession ist aber die Verpflichtung zur Auslieferung der über die Forderung lautenden Schuldurkunden, welche lediglich für die Zwecke der letzteren, zu deren Sicherung und Klarstellung sie dienen, bestimmt sind, eine nothwendige Konsequenz des vielfach in den Quellen ausgesprochenen Grundsatzes, daß auf den Zessionar auch alle mit der zedirten Forderung in Zusammenhang stehenden accessorischen Rechte und rechtliche Zubehörungen übergehen. (fr. 6, 23 de hered. vel act. vend. 18. 4; const. 6, 7 de O. et A 4. 10; const. 14 de fidejuss. et mand. 8. 41.) Vom gemeinrechtlichen Standpunkt aus läßt sich überdies auch das nicht verkennen, daß derartigen

Digitized by Google

den Zwecken der Forderung dienenden und an deren Schicksale gebundenen Schuldurkunden die Bedeutung eines rechtlichen Zubehörs zukommt, und daß deßhalb jene auch von Demjenigen, der einem Anderen die Ausübung der betr. Forderung zu eigenem Vortheil übertragen hat, ohne Weiteres als mitgewährt anzusehen sind. **Daraus ergibt sich aber in Fällen, in welchen sich die über die überwiesene Forderung lautenden Urkunden nicht mehr in den Händen des Exequendus befinden, aber von diesem kraft Eigenthumsrecht jederzeit vindizirt werden können, ein gegen Dritte verfolgbarer Anspruch auf Herausgabe derselben ganz von selbst.** Die C. P. O., welche in § 737 jene Verpflichtung des Schuldners, dem Gläubiger die über die Forderung vorhandenen Urkunden herauszugeben, ausdrücklich anerkennt, enthält zwar die anscheinend beschränkende weitere Bestimmung: „Die Herausgabe kann von dem Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt werden"; allein es würde ein, den in Abs. 1 daselbst vorbehaltenen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zuwiderlaufender und nicht einmal durch den todten Buchstaben des Gesetzes gerechtfertigter Fehlschluß sein, wenn man aus diesen beiden Vorschriften des § 737 Abs. 2 vermöge eines argum. a contrario etwas Weiteres folgern wollte, als daß die Herausgabe der über die überwiesene Forderung lautenden Urkunde von einem Dritten nicht ohne Weiteres im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt werden könne. Mit Recht wird deßhalb auch von mehreren angesehenen Auslegern der C. P. O. (z. B. v. Sarwey, Struckmann u. Koch und besonders von Wilmowsky und Levy in Anm. 2 zu § 737) der Satz aufgestellt, daß **bei der Ueberweisung einer Schuldforderung im Sinn des gedachten Paragraphen auch das Recht auf den Besitz der bezüglichen Schuldurkunde ohne Weiteres als mitüberwiesen gelten müsse, und daß es deßhalb, wenn sich dieselbe in den Händen Dritter befinde, einer Pfändung und Ueberweisung des schuldnerischen Anspruchs auf deren Herausgabe nicht bedürfe.** Zur Begründung dieses Satzes wird mit Bezug auf die Praxis des vormaligen preuß. O. Tr. einfach geltend gemacht, daß der Gesetzgeber in den allegirten Bestimmungen die den Schuldurkunden ohnehin zukommende Pertinenzqualität habe anerkennen wollen. Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig vom 27. Mai 1884. S. A. 41 bezw. 11 (317.) 470. 471.

6. **Die hier zugelassene Erwirkung der Herausgabe der Urkunde im Wege der Zwangsvollstreckung ist für den Gläubiger nur fakultativ, und ist er nicht gehindert, auch im Wege der Klage die Herausgabe zu verlangen.** (R. G. 14. III. 83.) A. VII. (166.) 511.

§ 738.

§ 738.

Ist in Gemäßheit des § 652 Absatz 2 dem Schuldner nachgelassen, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden, so findet die Ueberweisung gepfändeter Geldforderungen nur zur Einziehung und nur mit der Wirkung statt, daß der Drittschuldner den Schuldbetrag hinterlege.

§§ 659, 716, 720.

§ 739.

§ 739.

Auf Verlangen des Gläubigers hat der Drittschuldner binnen zwei Wochen, von der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an gerechnet, dem Gläubiger zu erklären:

1. ob und inwieweit er die Forderung als begründet anerkenne und Zahlung zu leisten bereit sei;
2. ob und welche Ansprüche andere Personen an die Forderung machen;

Digitized by Google

3. ob und wegen welcher Ansprüche die Forderung bereits für andere Gläubiger gepfändet sei.

Die Aufforderung zur Abgabe dieser Erklärungen muß in die Zustellungsurkunde aufgenommen werden. Der Drittschuldner haftet dem Gläubiger für den aus der Nichterfüllung seiner Verpflichtung entstehenden Schaden.

Die Erklärungen des Drittschuldners können bei Zustellung des Pfändungsbeschlusses oder innerhalb der im ersten Absatze bestimmten Frist an den Gerichtsvollzieher erfolgen. Im ersteren Falle sind dieselben in die Zustellungsurkunde aufzunehmen und von dem Drittschuldner zu unterschreiben.

Beitreibung.

§ 740. **§ 740.**

Der Gläubiger, welcher die Forderung einklagt, ist verpflichtet, dem Schuldner gerichtlich den Streit zu verkünden, sofern nicht eine Zustellung im Ausland oder eine öffentliche Zustellung erforderlich wird.

§§ 69 ff.

§ 741. **§ 741.**

Der Gläubiger, welcher die Beitreibung einer ihm zur Einziehung überwiesenen Forderung verzögert, haftet dem Schuldner für den daraus entstehenden Schaden.

§ 742. **§ 742.**

Der Gläubiger kann auf die durch Pfändung und Ueberweisung zur Einziehung erworbenen Rechte unbeschadet seines Anspruchs verzichten. Die Verzichtleistung erfolgt durch eine dem Schuldner zuzustellende Erklärung. Die Erklärung ist auch dem Drittschuldner zuzustellen.

Anderweite Verwerthung.

§ 743. **§ 743.**

Ist die gepfändete Forderung eine bedingte oder eine betagte, oder ist ihre Einziehung wegen der Abhängigkeit von einer Gegenleistung oder aus anderen Gründen mit Schwierigkeiten verbunden, so kann das Gericht auf Antrag an Stelle der Ueberweisung eine andere Art der Verwerthung anordnen.

Vor dem Beschlusse, durch welchen dem Antrage stattgegeben wird, ist der Gegner zu hören, sofern nicht eine Zustellung im Ausland oder eine öffentliche Zustellung erforderlich wird.

Vorläufige Beschlagnahme.

§ 744. **§ 744.**

Schon vor der Pfändung kann der Gläubiger auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels durch den Gerichtsvollzieher dem Drittschuldner und dem Schuldner die Benachrichtigung, daß die Pfändung bevorstehe, zustellen lassen mit der Aufforderung an den Drittschuldner, nicht an den Schuldner zu zahlen, und mit der Aufforderung an den Schuldner, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten.

Die Benachrichtigung an den Drittschuldner hat die Wirkung eines Arrestes (§ 810), sofern die Pfändung der Forderung innerhalb drei Wochen bewirkt wird. Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Benachrichtigung zugestellt ist.

1. Obwohl im ersten Absatze des § 744 die Benachrichtigung des Schuldners neben der Benachrichtigung des Drittschuldners genannt ist, so ist doch, da im zweiten Absatze die rechtliche Wirkung eines Arrestes lediglich an die Benachrichtigung des Drittschuldners geknüpft ist, anzunehmen, daß diese Wirkung auch dann eintritt, **wenn der Gläubiger, welcher die ausstehende Forderung seines Schuldners pfänden lassen will, die Benachrichtigung, daß die Pfändung bevorstehe, mit der entsprechenden Aufforderung nur dem Drittschuldner zustellen läßt, ohne zugleich den Schuldner zu benachrichtigen.** Das Bedenken, welches sich gegen diese Annahme

Digitized by Google

daraus herleiten ließe, daß das Gesetz doch immerhin eine Benachrichtigung des Schuldners als der Ordnung entsprechend gewollt habe, daß diese aber unterbleiben würde, wenn sie dem Effekt nach überflüssig erscheint, erledigt sich damit, daß nach Abs. 2 jene Wirkung nur eintritt, wenn demnächst auch die Pfändung der Forderung innerhalb drei Wochen bewirkt wird, und daß durch die Vorschriften über die Pfändung von Forderungen (§ 730 C. P. O.) dafür gesorgt ist, daß der Schuldner, soweit dies ausführbar ist, von der Pfändung selbst benachrichtigt wird. Der Schuldner wird also regelmäßig, wenn auch erst einige Zeit später, Kenntniß erhalten. Umgekehrt ergibt sich aus dieser letzteren Bestimmung eine Bestätigung der Richtigkeit obiger Ansicht. In den Motiven zu § 678 des Entwurfes, jetzt § 730 C. P. O., wurde anerkannt, daß die Zustellung an den Schuldner eine Bedeutung für den Gläubiger habe, aber doch nur insoweit, als die Anwendung des § 137 St. G. B. dadurch gesichert würde. Man ließ sie aber um so weniger als entscheidend für den Eintritt der durch die Civilprozeßordnung an den Vollzug der Pfändung geknüpften Wirkungen gelten, als deren Ausführung bedenklich erschwert sein würde, wenn sich der Schuldner verborgen hält. In der Reichsjustizkommission wurde denn auch nur eine Abänderung des Entwurfes nach der Richtung beantragt und erreicht (S. 397 der Protokolle), daß die Benachrichtigung des Schuldners durch eine dem Gerichtsvollzieher und dem Gerichtsschreiber auferlegte gesetzliche Verpflichtung sichergestellt, in den Voraussetzungen für den Eintritt der Wirkung der Pfändung selbst aber nichts geändert wurde. Bei der Berathung des § 744 C. P. O. (§ 691 des Entwurfes) hat man sich dann nicht allein auf jene Verhandlungen zu § 730 a. a. O. zurückbezogen (S. 402 der Protokolle), der Vertreter der verbündeten Regierungen hat auch ausdrücklich erklärt, daß für den Erwerb des Arrestpfandrechtes die Benachrichtigung an den Drittschuldner das wesentliche sei, die Redaktionskommission hat demnächst in den Entwurf, welcher so lautete: Die Benachrichtigung hat die Wirkung eines Arrestes . . . . die Worte eingeschoben: „an den Drittschuldner" und in dieser Fassung ist der Gesetzentwurf angenommen. (R. G. 31. I. 83.) R. C. VIII. (125.) 419. 420. A. VII. (121.) 388. 389.

2. **Im Geltungsgebiete des preuß. Allg. Landrechtes und der preuß. Allg. Gerichtsordnung kann in dem Falle, wenn der Gläubiger die Benachrichtigung, daß die Pfändung bevorstehe, mit der entsprechenden Aufforderung nur dem Drittschuldner, nicht auch seinem Schuldner hat zustellen lassen, der nicht benachrichtigte Schuldner nicht mit der Wirkung über die von seinem Gläubiger in Beschlag genommene Forderung verfügen, daß sich der Drittschuldner demjenigen gegenüber, zu dessen Gunsten von dem Schuldner verfügt ist, nicht darauf berufen darf, daß der Gläubiger jene Forderung bereits vor der Verfügung des Schuldners in Gemäßheit des § 744 R. C. P. O., in Beschlag genommen habe.** Hat ein Gläubiger seine Forderung verpfändet, und ist diese Verpfändung dem Schuldner bekannt gemacht, so findet zwischen ihm und dem Pfandinhaber eben das statt, was wegen des Verhältnisses zwischen dem abgetretenen Schuldner und dem Zessionar vorgeschrieben ist (§ 297 A. L. R. I. 20). Die ordnungsmäßige Benachrichtigung von der Zession hat die Wirkung, daß sich der abgetretene Schuldner auf jene (erste) Zession berufen darf, wenn der Gläubiger

Digitized by Google

nachher dieselbe Forderung noch einem zweiten oder dritten Zessionar abtritt. (Vgl. Förster, Preuß. Privatrecht Bd. 1 § 99 Note 203 f.) Dieselbe Wirkung mußte eintreten, wenn das Pfandrecht nicht durch die Verfügung des Inhabers der Forderung, sondern durch einen Akt des Gerichtsvollziehers zu Gunsten eines Gläubigers jenes Inhabers erwächst und dieser Akt selbst den Schuldner von der Beschlagnahme, also auch von der damit verknüpften Wirkung des Pfandrechtes benachrichtigt. **Der Drittschuldner kann sich aber in diesem Rechtsgebiete nicht auch dann noch auf jene frühere Beschlagnahme berufen, wenn er sich dem Veräußerungsverbote zuwider demjenigen, zu dessen Gunsten der Schuldner verfügt hat, ohne Geltendmachung jener Beschlagnahme durch Anerkenntniß, Zahlungsversprechen ꝛc. verpflichtet hat.** (R. G. 31. I. 83.) R. C. VIII. (125.) 422. A. VII. (121.) 391.

3. **Die Bestimmung in § 744 über vorläufige Beschlagnahme findet auch im Arrestverfahren Anwendung.** (R. G. 16. III. 83.) S. hierüber bei § 808 ad R. C. VIII. (128.) 429—433.

4. **Der zufälligen Kenntnißnahme von einem gerichtlichen Erlasse kommt rechtlich nicht die Bedeutung eines Zustellungsaktes bei.** (B. O. L. 3. VII. 84.) S. X. (176.) 482. S. hierüber bei § 730.

5. **Es gibt keine reichsrechtliche Rechtsnorm darüber, ob ein dem Veräußerungsverbote des Arrestes widersprechendes Geschäft rechtliche Wirkungen unter den Kontrahenten erzeugt, oder ob dasselbe als schlechthin ungültig anzusehen ist.** (R. G. 31. I. 83.) R. C. VIII. (125.) 421.

6. **Nur im Falle des § 744 der C. P. O. ist für die Mittheilung an den Schuldner von dem Bevorstehen einer Pfändung eine Gebühr** (nach § 23 Ziff. 2 der Geb.-O.) **zu erheben.** (R. G. 19. XI. 84.) U. u. A. I. (132.) 208.

7. **Die Frist des § 200 Abs. 2 der R. C. P. O. ist, im Falle einer Pfändung eine Benachrichtigung gemäß § 744 vorhergegangen ist, vom Tage dieser Benachrichtigung und nicht erst vom Tage der erfolgten Pfändung an zu berechnen.** Der § 744 hat vielmehr nach Wortlaut und Sinn offenbar die Bedeutung, daß — wenn die Bedingung der Pfändung innerhalb der gesetzten Frist erfüllt ist — in allen Fällen und nach jeder Richtung hin schon die in Gemäßheit des Abs. 1 desselben erfolgte Benachrichtigung die Wirkung des Arrestes und der Pfändung mit allen an die letztere geknüpften Wirkungen haben soll. (R. G. 9. XI. 86.) R. C. XVII. (79.) 331. 332.

2. Anspruch auf Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen.

§ 745. **§ 745.**

Die Zwangsvollstreckung in Ansprüche, welche die Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen zum Gegenstande haben, erfolgt nach den Vorschriften der §§ 730 bis 744 unter Berücksichtigung der nachfolgenden Bestimmungen.

§§ 746—748, 751—753.

1. Für die Pfändung körperlicher Sachen schreibt § 712 C. P. O. bestimmte Formen vor. Sie erfordert, wie das Faustpfandrecht, dessen Wirkungen dieselbe ihr beilegt, eine Ergreifung des Besitzes an der Sache. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Straff. Bd. 2 S. 230; Bd. 5 S. 35;

Digitized by Google

Bd. 6 S. 229. Rechtspr. Bd. 2 S. 213; Bd. 3 S. 552; Bd. 4 S. 369.) Dagegen **liegt in der Pfändung des Anspruches auf Herausgabe einer Sache an sich noch nicht die Beschlagnahme dieser Sache selbst; wohl aber kann eine solche Beschlagnahme aus dem im richterlichen Pfändungsbefehle beigefügten Verbote, über diese Sache weiter zu verfügen, entnommen werden.** Eine Beschlagnahme in der Bedeutung, daß der Gegenstand der Forderung durch deren Pfändung unmittelbar Objekt der Pfändung, wenn auch nicht mit der Wirkung des § 709, werde, kann nicht angenommen werden. Durch die Ueberweisung der gepfändeten Forderung auf eine bewegliche körperliche Sache (z. B. Schuldurkunde) hat der Gläubiger des Forderungsberechtigten selbst eine Forderung auf den diesem geschuldeten Gegenstande gegen den Besitzer desselben erlangt, dieses Forderungsrecht muß aber erst nach § 769 C. P. O. realisirt werden, ehe sein Gegenstand direkt von der Zwangsvollstreckung ergriffen wird. Die Entstehung des römisch-rechtlichen Pfandrechtes am Objekte der verpfändeten Forderung hat zur Voraussetzung id quod acceperis (l. 18 pr. Dig. de pign. act. 13, 7), si solverit (l. 13 § 2 Dig. de pign. 20, 1), den Umstand, daß in Anerkennung des Pfandrechtes an der Forderung deren Gegenstand herausgegeben werde. In gleicher Weise bestimmte das preußische Mobiliar-Exekutionsrecht vor der Civilprozeßordnung, daß, wenn zum Zwecke der Exekution in solche Forderungen des zu Exequierenden, welche nicht eine bestimmte Geldsumme, sondern andere körperliche Sachen zum Gegenstande haben, dem Exekutionssucher die Ermächtigung zur Einklagung ertheilt wird, nach der rechtskräftigen Entscheidung und nach erfolgter Ablieferung der Sachen die Exekution in dieselben in gewöhnlicher Art zu vollstrecken sei (Preuß. Gesetz vom 20. März 1854 betreffend die Exekution in Civilsachen § 17 (G. S. S. 115) und vom 30. Juli 1853 betr. die exekutivische Beitreibung ꝛc. § 31 Abs. 3 (G. S. S. 909) — „bei verweigerter Zahlung oder Ausantwortung" ꝛc. —). Die gleiche Rechtsanschauung spricht sich in den Bestimmungen der jetzt maßgebenden Civilprozeßordnung aus. Nach § 713 finden die Bestimmungen des § 712 entsprechende Anwendung auf die Pfändung von Sachen, welche sich im Gewahrsame eines zur Herausgabe bereiten Dritten befinden; § 737 bestimmt, daß der Schuldner verpflichtet ist, dem Gläubiger die über die (zwangsweise überwiesene) Forderung vorhandenen Urkunden herauszugeben, und daß die Herausgabe im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt werden kann (§ 769); § 739 verpflichtet den Drittschuldner zu einer Erklärung, ob er die Forderung als begründet anerkenne und Zahlung zu leisten bereit sei, und § 772 enthält die Bestimmung, daß, wenn eine herauszugebende Sache sich im Gewahrsame eines Dritten befindet, dem Gläubiger der Anspruch seines Schuldners auf Herausgabe der Sache (§ 769) nach den Vorschriften zu überweisen ist, welche die Pfändung einer Geldforderung betreffen. Könnten diese Vorschriften einen Zweifel lassen, daß die Pfändung der Forderung nicht deren Gegenstand zum Objekte der Vollstreckung macht, ehe er freiwillig dazu bereit gestellt ist, (vgl. Puchelt, Kommentar z. C. P. O. II S. 597 Nr. 3; Struckmann, Kommentar 3. Aufl. S. 660; Wilmowsky, Kommentar S. 556; Sarwey, Kommentar II S. 231 b 3; Petersen, Kommentar II S. 787) so würde ihn die Motivirung der

Digitized by Google

Paragraphen vollends heben. So heißt es zu § 746 in der Begründung der Civilprozeßordnung: (vgl. Reichstagsverhandlungen II. Legislaturperiode Session 1871 Nr. 6 S. 134 (v. Hahn, Materialien Bd. 2 S. 450)), **Die Zwangsvollstreckung in Forderungen, welche die Herausgabe körperlicher Sachen zum Gegenstande haben, unterscheidet sich von der in Geldforderungen nur dadurch, daß die Einziehung jener Forderungen nach deren Natur nicht unmittelbar zur Befriedigung des Gläubigers führen kann; die Einziehung der Forderung führt zur weiteren Zwangsvollstreckung in die herausgegebenen Sachen;** ferner zu § 713: Befinden sich die Gegenstände, welche der Zwangsvollstreckung unterworfen werden sollen, in dem Gewahrsame eines anderen als des Schuldners, so kann deren Pfändung nur mit Zustimmung dieses anderen erfolgen, da gegen ihn ein Zwang nicht begründet ist, und zu § 737: Androhung einer Strafe erscheint nicht geeignet für die verweigerte Herausgabe der Schuldurkunde als Zwangsmittel. — Im Anschlusse an die erwähnten gesetzlichen Bestimmungen ordnet denn auch die preußische Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher (J. M. Bl. 1879 Nr. 31 Anlage) in § 72 an: Verlangt der Gläubiger die Pfändung von Gegenständen, welche, obwohl sie dem Schuldner gehören sollen, sich im Besitze einer dritten Person befinden, so hat der Gerichtsvollzieher bei dieser zunächst nur Nachfrage zu halten, ob sie zur sofortigen Herausgabe bereit sei. Im Bejahungsfalle ist mit der Pfändung in derselben Weise, wie rücksichtlich der im Gewahrsame des Schuldners befindlichen Sachen zu verfahren. Wird die Herausgabe verweigert, oder der Besitz der Sachen überhaupt in Abrede gestellt, so muß der Gerichtsvollzieher sich auf die Aufnahme eines Protokolles über den Vorgang beschränken und dem Gläubiger das weitere überlassen; und im § 92: Der mit der Uebernahme der herauszugebenden Sachen beauftragte Gerichtsvollzieher ist zur Vornahme von Zangsmaßregeln gegen den Drittschuldner behufs Wegnahme der Sachen auf Grund des Pfändungsbeschlusses allein nicht befugt; lehnt daher der Drittschuldner die Herausgabe der Sachen ab, so hat der Gerichtsvollzieher sich mit der Sache nicht weiter zu befassen, sondern dem Gläubiger die Klage gegen denselben zu überlassen; erklärt sich dagegen der Drittschuldner zur Herausgabe bereit, so hat der Gerichtsvollzieher die Sachen sofort zu übernehmen. Wenn sonach feststeht, daß, sowie der Gläubiger erst im Wege selbständiger Zwangsvollstreckung die Herausgabe einer über eine gepfändete Geldforderung vorhandenen Urkunden, wenn sie im Besitze seines Schuldners sind, erwirken kann, auch die Forderung auf Herausgabe der im Gewahrsame eines Dritten befindlichen Schuldurkunde nach § 745 C. P. O. erst realisirt werden muß, ehe dieselbe als unmittelbar der Exekution unterworfen gelten kann, (vgl. Windscheid, Pand. I § 239 S. 711 Nr. 12; Bangerow, I § 368 S. 927 Anm. 2) dann kann eine Beschlagnahme durch die Pfändung und Ueberweisung der Forderung auf eine solche Urkunde nur in der mit der Pfändung ausgesprochenen Dispositionsbeschränkung des Drittschuldners erkannt werden. Beschlagnahme der geschuldeten Sache ist nur in dem an den Drittschuldner erlassenen Verbote, an den Schuldner zu zahlen (§§ 730, 745), dessen Nichtbefolgung lediglich die civilrechtliche Verbindlichkeit zu doppelter Zahlung,

Digitized by Google

bezw. Entschädigung des Gläubigers des Exequendus zur Folge hat, nicht enthalten. Aber auch in der nach § 746 bei Pfändung eines Anspruches, welcher eine bewegliche körperliche Sache betrifft, vorgeschriebenen Anordnung, daß die Sache an den Gerichtsvollzieher herauszugeben sei, kann sie an sich insofern nicht gefunden werden, als durch diese Anordnung der Gerichtsvollzieher nur zur Entgegennahme legitimirt wird; (vgl. Puchelt a. a. O. Nr. 3 a. E. und Petersen a. a. O.). Der Drittschuldner ist, wie § 751 ausdrücklich ausspricht, berechtigt, die Sache dem Gerichtsvollzieher, welcher nach dem zugestellten Beschlusse zur Empfangnahme „ermächtigt" ist, herauszugeben. (R. G. 16. XI. 82.) R. St. VII. (88.) 293—296. A. VII. (7.) 10—15. R. A. IV. (366.) 814—818.

2. **Nur wirklich bestehende Ansprüche gehören zu den der Vollstreckung unterworfenen Vermögensrechten.** Der Gläubiger kann nicht mehr Rechte des Schuldners geltend machen als dieser selbst, er kann also einen Anspruch nicht pfänden und sich überweisen lassen, welchen der Schuldner noch nicht besitzt, und **das Gesetz läßt keinen Zwang gegen dritte Personen zu, durch welchen dieselben verpflichtet würden, etwaige künftig in ihren Besitz gelangenden Werthe des Schuldners zu bewahren oder einem Gerichtsvollzieher zu überliefern.** Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe vom 3. Dezember 1884. S. A. XL bezw. X (329.) 472. 473.

a. Beweglicher Sachen.

§ 746.

§ 746.

Bei der Pfändung eines Anspruchs, welcher eine bewegliche körperliche Sache betrifft, ist anzuordnen, daß die Sache an einen vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher herauszugeben sei.

Auf die Verwerthung der Sache finden die Vorschriften über die Verwerthung gepfändeter Sachen Anwendung.

1. Durch den Akt der Pfändung erwirbt der betreibende Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande (§ 709 Abs. 1 C. P. O.). **Bei Pfändung eines Anspruches auf Herausgabe einer Sache, welche durch die Zustellung des die Herausgabe anordnenden Beschlusses (§ 746 C. P. O.) bewirkt wird, erwirbt also der Gläubiger durch diesen Zustellungsakt ein Pfandrecht an der Forderung, aber auch nur an dieser, nicht an der herauszugebenden Sache.** Erst mit dem Augenblicke der Herausgabe der Sache an den Gerichtsvollzieher erstreckt sich das durch die Anspruchspfändung bewirkte Pfandrecht auf die geleistete Sache selbst; dieses Pfandrecht an der Sache wird zwar durch die Anspruchspfändung, ohne daß es noch einer Pfändung der Sache bedarf, bewirkt, datirt aber nicht rückwärts vom Tage der Anspruchspfändung. Allerdings bestimmt sich, wenn ein Anspruch auf Herausgabe einer Sache nacheinander für mehrere Gläubiger gepfändet worden ist, bei Vertheilung des Erlöses aus der herausgegebenen Sache die Rangordnung dieser Gläubiger nach der Zeit der Pfändung (Anspruchspfändung). Dies ergibt sich aus §§ 730 Abs. 3, 709 Abs. 3, 751 C. P. O. (R. G. 30. X. 84.) R. C. XIII. (86.) 343—345.

2. **Die Pfändung einer dem Schuldner mit anderen Personen zu ideellen Forderungsantheilen gehörigen Sache** kann mit Rechtswirksamkeit

Digitized by Google

nur dahin geschehen, daß der Gläubiger ermächtigt wird, an Stelle des Schuldners die Sache mit den übrigen Personen, denen sie gehört, in Empfang zu nehmen. (R. G. 6. II. 85.) R. C. XIII. (43.) 176. 177.

b. Unbeweglicher Sachen.

§ 747. **§ 747.**

Bei Pfändung eines Anspruchs, welcher eine unbewegliche Sache betrifft, ist anzuordnen, daß die Sache an einen auf Antrag des Gläubigers vom Amtsgerichte der belegenen Sache zu bestellenden Sequester herauszugeben sei.

Die Zwangsvollstreckung in die herausgegebene Sache wird nach den für die Zwangsvollstreckung in unbewegliche Sachen geltenden Vorschriften bewirkt.

Ger. K. G. § 35 Nr. 3, § 47 Nr. 3. R. A. G. O. § 23 Nr. 1.

Rechtsverhältniß des Sequesters zum Ausbringer der Sequestration. Die C. P. O. hat das Rechtsverhältniß des Sequesters nicht geordnet. Insoweit die Sequestration als eine Art der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vorkommen kann, hat ihr die Regelung jenes Rechtsverhältnisses fern gelegen, da für die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen nach § 757 die Landesgesetze maßgebend geblieben sind. Nur in § 747 und § 752 ist bestimmt, daß bei der Pfändung eines Anspruchs, welcher eine unbewegliche Sache betrifft, die Herausgabe der Sache seitens des Drittschuldners an einen Sequester, welcher auf Antrag des diese Pfändung betreibenden Gläubigers bezw. des Drittschuldners von dem A. G. der belegenen Sache zu ernennen ist, erfolgen soll. Nach § 754 ist es bei der Zwangsvollstreckung in Nutzungsrechte, welche nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind, dem Ermessen des Gerichts überlassen, eine Verwaltung anzuordnen. Aber schon aus diesen Bestimmungen ergibt sich, daß im Sinn der C. P. O. eine wesentliche Verschiedenheit der Stellung des Sequesters von der des Gerichtsvollziehers besteht. Die Gerichtsvollzieher sind von dem Staat angestellte Beamte, welche berufen sind, direkt von den Parteien Aufträge zur Zwangsvollstreckung anzunehmen und welche diese Aufträge selbständig nach den Vorschriften des Gesetzes unter eigner Prüfung ihrer Zulässigkeit, sowie unter eigner unmittelbarer Verantwortlichkeit gegen den Auftraggeber auszuführen haben. Der Sequester wird für jeden einzelnen Fall berufen durch das Gericht, welches kraft seines Amts hierbei thätig wird und, soviel insbesondere den Fall einer bei einer Zwangsvollstreckung in die § 754 bezeichneten Vermögensrechte eintretenden Sequestration anlangt, auf Grund der Bestimmung in § 729 Abs. 1 einzugreifen hat; er erhält von dem Gericht seinen Auftrag, seine Stellung gehört nicht dem öffentlichen Recht an, sie beruht auf dem ihm vom Gericht ertheilten Auftrag und ist daher ausschließlich nach den Bestimmungen des Privatrechts zu beurtheilen. Hiernach erscheinen die oben dargelegten Grundsätze auch gegenwärtig noch maßgebend: ein obligatorisches Verhältniß besteht nur zwischen dem Gericht, welches den Sequester berufen hat, als dem Auftraggeber, und dem Sequester, als dem Beauftragten. Eine abweichende Meinung findet sich auch nicht in den Kommentaren der C. P. O. Ueber die rechtliche Natur der Stellung des Sequesters, seines Verhältnisses zu dem Gericht, bezw. zu dem Gläubiger und dem Schuldner, hat sich keiner der Kommentatoren ausgesprochen.

Digitized by Google

Daß das Gericht im Fall der Zwangsvollstreckung im Sinne des § 754 sich nicht auf die Einsetzung der Verwaltung zu beschränken, sondern auch die Art derselben, die Ablegung der Rechnung, die Abführung der Ueberschüsse an den Gläubiger u. s. w. anzuordnen und zu überwachen habe, ist mehrfach ausgesprochen (vgl. die Kommentare von v. Bülow 2. Ausg. zu § 754 unter 2; Gaupp Bd. 3 zu § 754 unter III; v. Wilmowsky und Levy 2. Aufl. zu § 754 unter 4). Daraus, daß mehrfach bemerkt ist, der Verwalter habe unter der Verpflichtung zur Rechnungslegung die Erträgnisse an den Gläubiger abzuliefern (vgl. Gaupp a. a. O.; v. Sarwey Bd. 2 zu § 754 unter 4; Struckmann und Koch 3. Aufl. zu § 754 unter 4; v. Wilmowsky und Levy a. a. O.), kann etwas anderes nicht gefolgert werden; denn es ist nicht ausgeschlossen, daß der Sequestrationsrichter anordnet oder duldet, daß der Sequester die Ueberschüsse der Verwaltung unmittelbar an den Gläubiger abführt, daß auch, wie Wilmowsky und Levy a. a. O. bemerken, die Abnahme der Rechnung und die Dechargirung ohne gerichtliche Mitwirkung geschehe, allein die Natur des Rechtsverhältnisses wird durch eine solche Anordnung des Richters, bezw. durch eine solche thatsächliche Handhabung der Sequestration nicht beeinflußt. Einflußlos ist auch die Bezahlung der Kosten der Sequestration seitens des Gläubigers. Denn hierdurch hat derselbe nur thatsächlich die ihm als dem Ausbringer der Sequestration obliegende Verpflichtung zur Leistung von Vorschüssen für die Verwaltung (vgl. Gaupp a. a. O.) erfüllt. Urtheil des O. L. G. zu Dresden vom 15. Mai 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 80 S. 114. 115.

§ 748.

§ 748.

Eine Ueberweisung der im § 745 bezeichneten Ansprüche an Zahlungsstatt ist unzulässig.

Eine gepfändete Geldforderung ist nach § 736 dem Gläubiger nach seiner Wahl zur Einziehung oder an Zahlungsstatt zum Nennwerth zu überweisen. Bei der Pfändung eines Anspruchs, welcher eine bewegliche körperliche Sache betrifft, wird in § 748 eine Ueberweisung an Zahlungsstatt für unzulässig erklärt und zwar aus dem einleuchtenden Grunde, weil bei derartigen Ansprüchen ein Nennwerth nicht vorhanden ist. Hieraus, in Verbindung mit § 745, wonach die Zwangsvollstreckung in derartige Ansprüche nach den Vorschriften der §§ 730—744, also auch des § 736, unter Berücksichtigung der nachfolgenden Bestimmungen, wozu die des § 748 gehört, erfolgt, **ergibt sich aber, daß der Gläubiger hier der Ueberweisung des gepfändeten Anspruchs zur Einziehung ganz ebenso, wie bei der Pfändung von Geldforderungen, bedarf. Allein die gerichtliche Ueberweisung ist nicht die allein zulässige Art der Uebertragung der Forderung** (§ 737 Abs. 1), vielmehr könnte diese auch durch Zession und andere Rechtsgeschäfte geschehen und, wenn z. B. die Voraussetzungen des (bad.) L. R. S. 1166 vorliegen, erscheint der Gläubiger auch berechtigt, ohne vorausgegangene Uebertragung oder Einweisung den gepfändeten Anspruch zur Befriedigung seiner Forderung geltend zu machen. Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe vom 3. Dezember 1884. S. A. XL. bezw. X. (329.) 472.

Digitized by Google

Unpfändbare Ansprüche.

§ 749. **§ 749.**

Der Pfändung sind nicht unterworfen:

1. der Arbeits- oder Dienstlohn nach den Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869 (B.-G.-Bl. 1869 S. 242 und 1871 S. 63);
2. die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen;
3. die fortlaufenden Einkünfte, welche ein Schuldner aus Stiftungen oder sonst auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten bezieht, insoweit der Schuldner zur Bestreitung des nothdürftigen Unterhalts für sich, seine Ehefrau und seine noch unversorgten Kinder dieser Einkünfte bedarf;
4. die aus Kranken-, Hülfs- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine zu beziehenden Hebungen;
   R. Haftpfl. G. v. 7/6. 71 § 4. R. G. über die eingeschriebenen Hilfskassen v. 7/4. 76. Gew. O. §§ 140, 141.
5. der Sold und die Invalidenpension der Unteroffiziere und der Soldaten;
6. das Diensteinkommen der Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppentheil oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören;
7. die Pensionen der Wittwen und Waisen und die denselben aus Wittwen- und Waisenkassen zukommenden Bezüge, die Erziehungsgelder und die Studienstipendien, sowie die Pensionen invalider Arbeiter;
8. das Diensteinkommen der Offiziere, Militärärzte und Deckoffiziere, der Beamten, der Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten; die Pension dieser Personen nach deren Versetzung in einstweiligen oder dauernden Ruhestand, sowie der nach ihrem Tode den Hinterbliebenen zu gewährende Sterbe- oder Gnadengehalt.
   § 715 Nr. 7.

Uebersteigen in den Fällen Nr. 7 und 8 das Diensteinkommen, die Pension oder die sonstigen Bezüge die Summe von fünfzehnhundert Mark für das Jahr, so ist der dritte Theil des Mehrbetrages der Pfändung unterworfen.

Der Gehalt und die Dienstbezüge der im Privatdienste dauernd angestellten Personen (§ 4 Nr. 4 des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869) sind nur soweit der Pfändung unterworfen, als der Gesammtbetrag die Summe von fünfzehnhundert Mark für das Jahr übersteigt.

In den Fällen der beiden vorhergehenden Absätze ist die Pfändung ohne Rücksicht auf den Betrag zulässig, wenn sie zur Befriedigung der Ehefrau und der ehelichen Kinder des Schuldners wegen solcher Alimente beantragt wird, welche für die Zeit nach Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr zu entrichten sind.

Die Einkünfte, welche zur Bestreitung eines Dienstaufwandes bestimmt sind, und der Servis der Offiziere, Militärärzte und Militärbeamten sind weder der Pfändung unterworfen noch bei der Ermittelung, ob und zu welchem Betrage ein Diensteinkommen der Pfändung unterliege, zu berechnen.

1. **Abs. 1.** Die sämmtlichen in § 749 aufgeführten Beschränkungen der Pfändung haben nach den Motiven des Gesetzes ihren Grund nicht bloß in einer billigen Rücksichtnahme gegen den Schuldner, sondern auch im öffentlichen Interesse, gehören demnach dem öffentlichen Rechte an und können deßhalb selbst durch Vertrag nicht beseitigt werden. (Seuffert, Kommentar zur C. P. O. § 749 Note 1.) Sind hiernach die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen vom Gesetzgeber aus Gründen des öffentlichen Wohls dem exekutiven Zugriffe der Gläubiger entrückt, so **muß gegenüber den Forderungen dieser Art auch die Kompensation als ausgeschlossen erachtet werden**; denn die Zulassung derselben würde den Zweck des Gesetzes, dem Schuldner den Bezug der Alimente zu sichern, vereiteln und gegen ihn dieselbe Wirkung, wie die Pfändung, herbeiführen, wornach der Versuch des Beklagen, im Wege der Kompen-

Digitized by Google

sation durch Zurückbehaltung der dem Kläger schuldigen, der Pfändung entzogenen Unterhaltsbeiträge Befriedigung für seine Gegenforderung zu erlangen, sich als Umgehung des gesetzlichen Verbots der Pfändung dieser Unterhaltsbeiträge darstellt. (B. O. L. 10. XII. 85.) S. XI. (103.) 273 u. (B. O. L. 6. VII. 83.) S. X. (54.) 138.

2. **Durch das Verbot der Pfändung einer Forderung wird nicht auch deren freiwillige Abtretung durch den Gläubiger ausgeschlossen.** Ihrem Begriffe nach ist die Pfändung eine Form der Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners, sie erfolgt auf Betreiben des Gläubigers, gegen den Willen des Berechtigten, unter der Autorität des Gerichts, wogegen die Abtretung oder Veräußerung ein privatrechtlicher Titel ist, welchen der Berechtigte freiwillig einräumt. In ihrem Erfolge können Pfändung oder Abtretung auf das gleiche Ziel, die Befriedigung eines Gläubigers, gerichtet sein, sie unterscheiden sich aber stets durch das Moment der Freiwilligkeit, welches in einem Falle vorliegt, im anderen nicht: hier ein aus der freien Disposition des Berechtigten hervorgegangener Akt, dort eine gegen den Willen des letzteren sich vollziehende Thatsache. Dies ergibt, daß, wenn bezüglich gewisser Gegenstände die Pfändbarkeit ausgeschlossen wird, damit nur ein Recht des Gläubigers, aus solchen Gegenständen wider den Willen des Schuldners sich Befriedigung zu verschaffen, entzogen wird, während da, wo die Unveräußerlichkeit besteht, dem Schuldner das freie Dispositionsrecht genommen ist. Pfändung ist zwangsweise Abtretung. Die Abtretbarkeit oder Uebertragbarkeit einer Forderung darf also nicht überhaupt verboten sein, wenn eine Pfändung bewerkstelligt werden soll; andererseits aber folgt daraus, daß die Pfändung im einzelnen Falle untersagt ist, noch keineswegs, daß der Forderungsberechtigte auch in seiner Veräußerungsbefugniß beschränkt wäre. Die Uebertragbarkeit einer Forderung ist als der generelle Begriff, das majus, aufzufassen; wird daher die zwangsweise Uebertragung gesetzlich ausgeschlossen, so ist nicht auch von selbst schon deren Abtretung überhaupt als verboten zu erachten, wenngleich nicht in Abrede gezogen werden kann, daß der legislatorische Grund, welcher für jene Ausschließung spricht, in manchen Fällen auch dieses Verbot empfiehlt und in der That nicht selten eine gleichartige Behandlung in beiden Beziehungen herbeigeführt hat. (R. G. 5. IV. 81.) R. C. IV. (42.) 143. 144.

3. **Ziff. 1. Die Vorschriften über die Pfändung von Arbeits- oder Dienstlohn sind auf die Forderung aus einem über streitige Lohnansprüche geschlossenen Vergleich nicht anwendbar.** (S. hierüber namentlich über den Charakter und den Zweck des Gesetzes vom 21. Juni 1869.) Beschluß des O. L. G. zu Hamburg vom 22. Januar 1887. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 173 S. 239—242.

4. **Die im § 4 Nr. 3 des Lohnbeschlagnahmegesetzes vom 21. Juni 1869 (C. P. O. § 749 Nr. 1) enthaltene Bestimmung kommt auch den Armenverbänden zu Gute, welche Familienglieder des Verpflichteten alimentirt haben.** Erkenntniß des O. G. zu Wolfenbüttel vom 25. Juli 1879. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 88 S. 123.

5. **Die geschiedene Ehefrau ist nicht berechtigt, wegen des ihr im Scheidungsurtheil zugesprochenen Verpflegungsanspruchs den noch nicht eingeforderten Arbeitslohn ihres geschiedenen Ehemannes mit Beschlag belegen**

Digitized by Google

zu lassen. Allerdings gründet sich der, an Stelle der Abfindung wegen der vereitelten künftigen Erbfolge in den Nachlaß des schuldigen Ehemannes tretende Verpflegungsanspruch der unschuldigen geschiedenen Ehefrau auf ausdrückliche gesetzliche Bestimmung (A. L. R. II. 1. §§ 738 bis 810). Indessen nicht Jedem, welcher einen gesetzlichen Verpflegungsanspruch gegen den Lohnvergütungsberechtigten hat, steht die Berechtigung zu, die Lohnforderung des Vergütungsberechtigten ohne Rücksicht darauf, ob der Lohn von jenem bereits eingefordert war oder nicht, mit Beschlag zu belegen; vielmehr ist dieses Recht nur Denjenigen, welche als Familienglieder des Vergütungsberechtigten einen gesetzlichen Alimentationsanspruch haben. Es ist dies in der Nr. 3 des § 4 des Ges. v. 21. Juni 1869 ausdrücklich ausgesprochen. Eine Ausdehnung dieses Rechtes auf andere Personen, welche gesetzlich vom Vergütungsberechtigten Alimente zu fordern haben, ist nach dem Wortlaute der Nr. 3 des § 4 und nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes unzulässig. Der Entwurf zu dem Gesetze, wie er dem Reichstage vorgelegt wurde, wollte den Familiengliedern des Schuldners ein Recht auf Beschlagnahme überhaupt nicht bewilligen; er bestimmte im § 1: „Arbeitslöhne unterliegen der Beschlagnahme, ohne Unterschied, ob verdient oder nicht, nur insoweit, als der Lohn nicht zum nothwendigen Unterhalte des Schuldners und der von diesem nach gesetzlicher Vorschrift zu alimentirenden Familienglieder erforderlich ist." In weiterem Umfange sollte der Lohn nur wegen Steuern (der jetzigen Nr. 2 des § 4 entsprechend) beschlagnahmt werden dürfen. Erst bei der Berathung des Entwurfes im Reichstage wurde geltend gemacht, daß es doch den Familiengliedern des Schuldners gestattet werden müsse, den Schuldner zur Erfüllung seiner „wichtigsten und heiligsten Pflichten" zu zwingen. Ein der jetzigen Nr. 3 entsprechendes Amendement wurde angenommen, aber ein weiteres Amendement, gleiches Recht anderen gesetzlichen Alimentationsberechtigten, nämlich den **unehelichen Kindern** zu gewähren, fand Widerspruch und wurde verworfen, wobei von verschiedenen Seiten hervorgehoben wurde, daß weitere Ausnahmen von der Regel, daß Löhne nicht mit Beschlag belegt werden dürfen, unzulässig erschienen (Drucksachen des Reichstages 1869, II. S. 913, 982; Stenogr. Berichte des Reichstages 1869, III. S. 588). (R. G. 14. XII. 80.) R. C. III. (8.) 15. 16.

6. Bezüglich der **Nichtpfändbarkeit des Arbeitsverdienstes der Zuchthaussträflinge** s. bei Ziff. 3.

7. **Ziff. 2. Die Vorschrift des § 749 Ziff. 2 der C. P. O. unterscheidet nicht zwischen rückständigen und laufenden oder künftigen Alimenten.** (Vgl. Endemann, Kommentar zur deutschen C. P. O. Bd. 3 S. 269.) (B. O. L. 10. XII. 85.) S. XI. (103.) 274. (S. auch Bd. X S. 137 dieser Sammlung.)

8. **Die dem Verletzten auf Grund des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 zuerkannten Renten gehören nicht zu den nach § 749 Ziff. 2 der R. C. P. O. der Pfändung nicht unterworfenen, „auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen".** Die auf §§ 1 und 2 des Reichshaftpflichtgesetzes gegründeten Ansprüche werden im Gesetze selbst als Ansprüche auf Ersatz des Schadens bezeichnet, welcher für den bei dem Betriebe einer Eisenbahn oder bei den in § 2 bezeichneten Getödteten oder

Digitized by Google

körperlich Verletzten entstanden ist, nicht als Ansprüche auf Alimentation. Nach § 749 Ziff. 2 der R. C. P. O. sind aber nur „die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen" von der Pfändung ausgenommen, nicht alle zum nothwendigen Unterhalte des Schuldners erforderlichen Vermögensobjekte, und es ist eine ausdehnende Auslegung dieser Ausnahmevorschrift nicht gestattet. (R. G. 23. I. 80.) R. C. I. (85.) 231. 232. (R. O. H. G. 5. IX. 77 u. 8. III. 78. R. H. XXII. (74.) 324. XXIII. (77.) 222 ff.)

9. Pfändung eines Anspruchs ist erzwungene Abtretung desselben. Ansprüche, die ihrer Natur nach nicht übertragbar sind, können daher nicht gepfändet werden. Wohl aber kann ein Anspruch freiwillig übertragbar und doch der Pfändung entzogen sein. „Ein Alimentenanspruch ist nicht zessibel, soweit er in Absicht auf Qualität oder Quantität durch die Person des Berechtigten bestimmt ist, soweit also der Inhalt der Leistung wegen seiner Beziehung auf diese Person durch die Geltendmachung seitens eines Anderen eine Aenderung erleiden würde. Wofern aber eine solche individuell beschränkte und begrenzte Forderung nicht in Frage steht, der Alimentenanspruch vielmehr periodisch wiederkehrende, ein für allemal fixirte Geldleistungen betrifft, kann der Abtretung solcher Reichnisse ein begründetes Hinderniß nicht im Wege stehen." (Entsch. des R. G. Bd. 4 S. 144, in Seuffert, Archiv Bd. 37 Nr. 18; Windscheid, Pand. § 335 Nr. 6.) **Hieraus ergibt sich, daß der Anspruch auf bedürfnißgemäße Naturalverpflegung nicht übertragbar und folglich auch nicht pfändbar** ist — (das in Seuffert, Archiv Bd. 38 Nr. 288 mitgetheilte braunschw. Erk. kann nur eine fixirte Leistung im Sinn haben) — **daß dagegen, wenn sich für den Geldanspruch entschieden wird, letzterer nicht nur übertragbar, sondern auch der Pfändung unterworfen ist,** da von den in § 749 der C. P. O. zugelassenen Ausnahmefällen keiner hier zutrifft. Es handelt sich hier nicht um gesetzliche, sondern um vertragsmäßige Alimente, welche nicht auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten, sondern als Aequivalent für die Stellübertragung bezogen werden. Wenn eine solche Wahl nicht getroffen wird, so besteht ein alternativer Anspruch auf Naturalverpflegung oder Geldleistung. **An sich sind alternative Obligationen übertragbar und pfändbar, und wenn dem Gläubiger das Wahlrecht zusteht, geht auch dieses auf den Zessionar und ebenso auf den Pfandgläubiger über. Es kann sich nur fragen, wie sich die Sache verhält, wenn nur eine der Alternativen übertragbar ist, die andere nicht.** So viel ist unzweifelhaft, daß eine so geartete alternative Obligation nicht als solche, d. h. nicht als alternative, mit Wahlrecht des Zessionars übertragen werden kann. Erfolgt gleichwohl eine Zession, so ließe sich vielleicht die Sache so auffassen und aufrechterhalten, daß in der Zession zugleich die Ausübung des Wahlrechts seitens des Zedenten zu Gunsten der übertragbaren Alternative erblickt würde. Daraus würde aber noch nichts für die Zulässigkeit auch der Pfändung folgen. Denn als alternative Obligation, so daß der Pfandgläubiger das Wahlrecht erlangte, kann der streitige Anspruch seiner Natur nach nicht übertragen und folglich auch nicht gepfändet werden, die Annahme einer Ausübung des Wahlrechts durch den Zedenten aber ist bei der freiwilligen Zession denkbar, dagegen bei der wider den Willen

Digitized by Google

des wahlberechtigten Gläubigers erfolgenden Pfändung ausgeschlossen, und das Pfändungsverfahren gewährt dem Pfändungsgläubiger nicht die Möglichkeit, den Pfandschuldner zur Ausübung seines Wahlrechts in einem für ersteren erwünschten Sinn zu nöthigen. Beschluß des O. L. G. zu Hamburg vom 20. März 1886. S. A. 41 bezw. 11 (318.) 472. 473.

10. **Altentheilsleistungen unterliegen der Pfändung.** Richtig ist es zwar, daß die Leistungen von Naturalien ꝛc. an den Altentheiler im Wesentlichen die Natur von Alimenten haben und eben deßhalb auch nach früherem Recht bis zum Betrage der Nothdurft von der Exekution als befreit angesehen worden sind; unrichtig ist es aber, daß sie, wenn sie von dem Stellbesitzer bei freiwilliger Abgabe der Stelle durch Vertrag festgesetzt sind, auf gesetzlicher Vorschrift beruhen. Es besteht keine Rechtsnorm, welche den Eigenthümer einer Landstelle verpflichtet, die Stelle unter Ausbedingung eines Altentheils einem Andern zu übertragen; ob er dies thun will, ob er überhaupt sich auf den Altentheil setzen will, unterliegt seiner freien Willensentschließung; er bezieht sein Altentheil, wenn er mit Festsetzung eines solchen die Stelle abtritt, nicht kraft Gesetzes, sondern kraft Vertrags, und er hat, wenn er die Stelle ohne Ausbedingung eines Altentheils abtritt, überall kein Recht auf letzteren. Hiernach ist der § 749 Nr. 2, welcher nur auf gesetzlicher Vorschrift beruhende Alimentenforderungen von der Pfändung ausnimmt, hier nicht anwendbar. Beschluß des O. L. G. zu Kiel vom 20. November 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (313.) 465.

11. **Bäuerliche Altentheile sind von der Pfändung nicht ausgenommen,** denn es findet sich unter den der Pfändung nicht unterworfenen „Forderungen und anderen Vermögensrechten", in welche die Zwangsvollstreckung nach dem 8. Buche 2. Abschnitt 1. Titel Nr. III der C. P. O. geschehen kann, eine Leibzucht, die nicht auf die Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten zurückzuführen, sondern durch den Leibzüchter selbst bei Abgabe seines Hofes festgestellt und reservirt ist, nicht mitaufgeführt — was im § 749 der C. P. O. hätte geschehen müssen. Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig vom 23. Januar 1883. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 288 S. 371.

12. **Die Leibzucht** (der bäuerliche Altentheil) gehört rechtlich nicht, jedenfalls nicht unter allen Umständen, zu den absolut unpfändbaren Vermögensobjekten, wie die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen des § 749 Ziff. 2 der C. P. O. (Seuffert, Archiv Bd. 38 Nr. 288). Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig vom 4. April 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 22 S. 34 f.

13. **Unzulässigkeit der Pfändung des einem Auszügler zustehenden Rechts auf Beköstigung und Wohnung im Hause des Sohnes.** Beschluß des O. L. G. zu Jena vom 5. September 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 276 S. 375 ff. S. hierüber bei § 754.

14. **Ziff. 3. Bei Feststellung des Nothbedarfes des Schuldners kommt die bloße Erwerbsfähigkeit desselben nicht in Betracht.** Die mit der Gesetzesvorschrift des § 749 Ziff. 3 der R. C. P. O. gleichlautende Ziffer 3 des § 696 des Entwurfes zur C. P. O. enthielt, im Anschlusse an § 434 der preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855, noch die Schlußworte: „und nicht im Stande ist, diesen Unterhalt auf eine seinen

Digitized by Google

Verhältnissen angemessene Art selbst zu erwerben". In der Kommission des Reichstages wurde die Streichung dieses Beisatzes, in welchem der Antragsteller eine unbillige Einschränkung des Grundsatzes der Unpfändbarkeit erblickte, beantragt und auf den Fall exemplizirt, daß danach einer Ehefrau die ihr mit Rücksicht auf die Erwerbsunlust ihres Mannes zugewendete Rente von den Gläubigern wegen der Erwerbsfähigkeit des Mannes entzogen werden könne. Zu Gunsten dieses Antrages wurde ferner geltend gemacht, daß nach rheinischem Rechte alle Liberalitäten unpfändbar seien, welche der Zuwendende für insaisissable erklärt habe; der Stifter habe sie dem Schuldner, nicht dem Gläubiger zuwenden wollen. Von anderer Seite wurde dem Antrage mit der Ausführung widersprochen, daß, da der Schuldner die Zuwendung verschleudern und sonst nach Gefallen verwenden könne, dieselbe auch in möglichstem Umfange der Pfändung unterliegen müsse; sonst könne der Schuldner, gestützt auf sein Privilegium, sich weigern, zu arbeiten und damit den Gläubigern Hohn sprechen. Auch ein Vertreter des Bundesraths erklärte den Antrag für bedenklich, welcher zur Folge haben würde, daß dann auch wegen der nach Empfang der Zuwendung gemachten Schulden die Vollstreckung in jene ausgeschlossen sei, obschon der Schuldner seinen Unterhalt anderweit zu verdienen vermöge; dies sei ein Eingriff in das Recht Dritter und eine Störung der allgemeinen Verkehrsverhältnisse, auch den Rechtsanschauungen unseres Volkes fremd. Gleichwohl wurde der Antrag von der Kommission angenommen, und in der so geänderten Fassung ist die Bestimmung, ohne daß dieselbe noch zum Gegenstande irgend einer Bemerkung gemacht wäre, in das verkündete Gesetz aufgenommen. (Vgl. Hahn, Materialien zur Civilprozeßordnung S. 851. 852.) Ueber die Bedeutung der vorgenommenen Aenderung im Sinne des Kommissionsbeschlusses kann hierdurch ein Zweifel nicht obwalten. Man war sich in Folge der Bemerkungen der Gegner der Konsequenzen derselben vollkommen bewußt und wollte sie um des für richtig erkannten Prinzipes willen, daß vor Allem der vermuthlichen Intention des Gebers durchgreifende Geltung zu verschaffen sei. Insbesondere kann nicht davon die Rede sein, daß man die Geltung dieses Prinzipes auf Fälle der Art habe einschränken wollen, wie solche in der Motivirung des Antrages seitens des Antragstellers hervorgehoben wurden, da alle übrigen Redner einen umfassenderen Standpunkt einnahmen. Im Weiteren darf aber auch nicht bezweifelt werden, daß sich die gesetzgebenden Faktoren der Auffassung der Kommissionsmehrheit angeschlossen haben, da hinterher ein Dissens von keiner Seite geäußert und bei dem für die Feststellung der Civilprozeßordnung beobachteten Verfahren ohnehin der Schwerpunkt in den Berathungen und Beschlüssen der Kommission zu suchen ist. Bei dieser Sachlage ist kein Grund vorhanden, der klar erkennbaren gesetzgeberischen Absicht, mit welcher die Worte des publizirten Gesetzes sehr wohl vereinbar sind, die Anerkennung zu versagen. Vielmehr erscheint die Auslegung der fraglichen Vorschrift dahin gerechtfertigt, daß bei Feststellung des Nothbedarfes nur auf die zur gegebenen Zeit vorhandenen wirklichen Einkünfte des Schuldners aus Renten oder den Erträgnissen seiner Erwerbsthätigkeit zu berücksichtigen, die bloße, immerhin unsichere und von wandelbaren Verhältnissen abhängige Möglichkeit weiteren Erwerbes durch solche Thätigkeit aber außer Anschlag zu

Digitized by Google

lassen sei, weil nur so der fürsorglichen Absicht des Gebers volle Rechnung getragen wird. (Zustimmend die Kommentare der Civilprozeßordnung v. Wilmowsky und Levy, Struckmann und Koch und Seuffert. Petersen (Note 4 zu § 749 C. P. O.) beschränkt sich auf die Mittheilung von der Streichung des ursprünglichen Zusatzes. Vgl. auch Striethorst, Archiv Bd. 42 S. 125 ff.) — (R. G. 27. X. 84.) R. C. XII. (113.) 386—388.

15. Das Wort „beziehen" umfaßt sowohl nach gemeinem wie nach dem Sprachgebrauche der Gesetze (vgl. z. B. § 749 C. P. O.) auch Vereinnahmungen aus Privatmitteln. (R. G. 25. XI. 86.) R. C. XVI. (19.) 91.

16. **Die Verordnung eines Erblassers, welche lediglich im Interesse des Bedachten dem letzteren die Abtretung, Belastung oder Verpfändung ihm zugewandter Vermögenseinkünfte und den Gläubigern desselben die Verkümmerung der Einkünfte durch Zwangsvollstreckung, Arrest oder einstweilige Verfügung untersagt, ist letzteren gegenüber insoweit wirkungslos,** als die für den Bedrohten bestimmten Einkünfte über das Maß des nothdürftigen Unterhaltes, von welchem im § 749 Abs. 1 Nr. 3 C. P. O. die Rede ist, hinausgehen. (S. auch R. G. 10. II. 80 in R. C. I. (65.) 175 f.) — (R. G. 3. XII. 85.) R. C. XIV. (73.) 278. 282.

17. **Eine Zwangsvollstreckung ist nicht zulässig in die Zinsen eines dem Schuldner aus Fürsorge zugewendeten, mit Anwartschaft beschwerten Vermächtnisses von Werthpapieren.** Derartige Einkünfte fallen unter die Vorschrift des § 749 Ziff. 3. Dieselbe wiederholt im Wesentlichen (abgesehen von dem Schlußsatze des Entwurfes § 696 Ziff. 3, welcher bei der Kommissionsberathung gestrichen wurde; zu vgl. Prot. S. 403) den § 434 preuß. K. O. vom 8. Mai 1855. **Das Gesetz will das Einkommen, welches ein Dritter dem Schuldner freigebig und fürsorglich, in der Absicht, ihn vor Mangel zu schützen, zugewendet hat, der Beschlagnahme seitens der Gläubiger dann entziehen, wenn die wohlthätige Absicht des Zuwendenden durch die Beschlagnahme vereitelt werden würde.** (Vgl. Striethorst, Archiv Bd. 42 Nr. 27 S. 125 ff.) Ob Nutzungen eines dem Schuldner letztwillig zu freiem Eigenthum zugewendeten Vermögens hierzu gerechnet werden könnten, ist hier nicht zu erörtern. Jedenfalls aber gehören dazu die Nutzungen eines ihm fürsorglich zugedachten Vermächtnisses von Vermögensstücken, über deren Eigenthum er um deßwillen nicht verfügen darf, weil der Erblasser verordnete, daß sie nach des Schuldners Tode Andere haben sollen. In Folge dieser Verfügungsbeschränkung sind auch die Gläubiger des ersten Vermächtnißnehmers behindert, aus dem Stamme des Vermächtnisses Befriedigung zu suchen. Sie können sich lediglich an das dem Schuldner gebührende Nutzungsrecht halten; ihnen gegenüber ist mithin das dem Nießbrauche unterworfene Vermögen nicht als das eigene Vermögen des Schuldners zu betrachten. Derartige Nutzungen den in § 749 Ziff. 3 C. P. O. erwähnten Einkünften beizuzählen, verstattet auch die allgemeine Fassung des Gesetzes (die Worte „oder sonst"). Ebenmäßig ist bereits § 434 preuß. K. O. von dem preußischen Obertribunale (vgl. Striethorst, Archiv Bd. 33 Nr. 5 S. 18 ff.) auf einen, dem gegenwärtigen gleichartigen Sachstand bezogen worden, auf die jährlichen Zinsen des Pflichttheiles von einer Verlassenschaft, welcher der Substanz

Digitized by Google

nach der Verfügung des Schuldners entzogen, ihm nur zum Nießbrauche überlassen war. (R. G. 18. XII. 83.) R. C. XI. (95.) 373. 374. A. IX. (54.) 270. 271.

18. **Unter die Vorschrift des § 749 Ziff. 3 C. P. O. fallen die Zinsen eines dem Schuldner auf seinen Erbtheil angewiesenen Kapitales, welches im Uebrigen durch die Bestimmung des Erblassers seiner Verfügung völlig entzogen ist und für benannte Nacherben erhalten bleiben soll, nicht.** Diese Zinsen-Zuwendung ist als eine freigebige anzusehen, da sie die wesentlichen Merkmale einer solchen, nämlich die Freiwilligkeit und die Unentgeltlichkeit, an sich trägt, und die Natur des dieselbe vermittelnden Geschäftes zwar den Begriff der eigentlichen Schenkung, nicht aber den weiteren Begriff der Freigebigkeit (Liberalität) ausschließt. (Vgl. Savigny, System des römischen Rechtes Bd. 4 S. 9 ff., 19 ff.; Unger, Oesterreichisches Privatrecht Bd. 2 S. 189 ff.; R. K. O. § 56 Ziff. 4 und die Motive zu demselben in Hahn's Materialien S. 252.) Ob dies auch von der Zuwendung eines Pflichttheiles gilt, kann dahingestellt bleiben. Abgesehen von diesem läßt sich aber sicherlich weder aus dem elterlichen Verhältnisse, noch aus dem gesetzlichen Erbfolgerechte der Kinder eine die Freiwilligkeit der fraglichen Zuwendung ausschließende Verpflichtung des Erblassers zu derselben herleiten, und, weil insbesondere jenes Intestaterbrecht den Erblasser in der Verfügung über seinen Nachlaß in keiner Weise zu binden vermag, thut es der Freigebigkeit der Zuwendung keinen Eintrag, wenn durch dieselbe dem Erben weniger, als seine volle und freie Intestatportion, zu Theil wird. Ebensowenig schließt der letztgedachte Umstand die Annahme aus, daß eine solche Zuwendung auf einer Fürsorge des Erblassers für den Erben beruht. Denn erfahrungsmäßig bethätigt sich diese Fürsorge sehr häufig gerade in der Weise, daß dem zu Bedenkenden, statt freien Eigenthums, nur gewisse Einkünfte überwiesen werden, um ihn gegen die Gefahren der unbeschränkten Verfügungsbefugniß bezüglich des Kapitalvermögens zu schützen und ihm für seinen Unterhalt eine möglichst gesicherte Einnahme zu gewähren, wie denn bekanntlich das Institut der Enterbung aus guter Absicht vornehmlich dieser Erwägung seine Entstehung verdankt. Der Anwendung des § 749 Ziff. 3 a. a. O. steht auch nicht entgegen, daß der Erbe in der Verfügung über die Zinsen seines Erbtheiles durch das Testament nicht beschränkt ist. Denn die Unpfändbarkeit ist hier nicht Ausfluß eines Veräußerungsverbotes; vielmehr will die gedachte Vorschrift der vorauszusetzenden Intention des Stifters oder Gebers gerecht werden, welcher ohne Zweifel in erster Reihe für den Bedachten selbst zu sorgen beabsichtigt hat. Es ist dies dieselbe Rücksicht, die schon die ältere gemeinrechtliche Doktrin und Praxis zur Statuirung des s. g. beneficium competentiae ex persona tertii führte, welches von dort aus, wiewohl mit abweichender Motivirung, in die preußische Allgemeine Gerichtsordnung (§ 27 I. 49) und aus dieser mit einigen Veränderungen in die preußische Konkursordnung vom 8. Mai 1855 übergegangen ist und die Grundlage der in Rede stehenden Vorschrift der Civilprozeßordnung bildet. (Vgl. Goltdammer, Kommentar und Materialien zur Konkursordnung vom 8. Mai 1855 S. 540 ff.; Mot. zum § 696 des Entw. der Civilprozeßordnung (Hahn, Materialien S. 89), Förster-Eccius, Bd. 1

Digitized by Google

S. 868.) Auch wenn dem Schuldner der Erbtheil testamentarisch nur so lange vorbehalten sein soll, bis er sich gründlich und nachhaltig gebessert und mit Geld und Gut verständig umzugehen gelernt hat, so kann auch diese Bestimmung, nach welcher demselben unter einer Suspensivbedingung weitergehende Rechte eingeräumt sind, auf die Beurtheilung des bis zum Eintritte dieser Bedingung bestehenden Rechtsverhältnisses nicht von Einfluß sein. Selbstverständlich ist es aber in diesem Falle, daß, sobald das Kapital dem Schuldner zur freien Verfügung anheimfällt, nicht nur die Unpfändbarkeit desselben, sondern auch die der Zinsen, welche ein unvermindertes Kapital voraussetzen, aufhört. (R. G. 27. X. 84.) R. C. XII. (113.) 383—386.

19. Für die **Pfändbarkeit oder Nichtpfändbarkeit des Arbeitsverdienstes der Zuchthaussträflinge** ist in Bayern die kgl. Verordnung vom 12. Juni 1862, die Hausordnung für Zuchthäuser betr., maßgebend. Denn dem Staate steht es frei, zu bestimmen, ob er überhaupt dem zur Erstehung einer Strafe im Zuchthaus befindlichen Sträfling einen Arbeitsverdienst zukommen lassen will oder nicht; folglich steht es ihm auch frei, die Modalitäten, unter welchen er dem Sträfling einen Arbeitsverdienst bewilligt, und das hinsichtlich desselben zur Entstehung kommende Rechtsverhältniß nach seinem Ermessen zu regeln. Auf den Arbeitsverdienst der Sträflinge finden daher nicht die aus einer freien Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich ergebenden rechtlichen Normen bezüglich der Arbeitsvergütung Anwendung. Der dem Sträfling für seine zwangsweise geleistete Arbeit bewilligte Lohn fällt nicht unter den rechtlichen Gesichtspunkt eines von ihm anzusprechenden und daher in seine Vermögenssphäre fallenden Aequivalents, sondern er ist eine dem Sträfling vom Staat aus freiem Ermessen gewährte Liberalität, welche lediglich zum Zwecke der moralischen Aufmunterung des Sträflings und zum Zweck der Ansammlung von Geldmitteln für die erste Zeit nach der dereinstigen Befreiung desselben aus der Strafhaft gespendet wird. Die vom Staat nach seinem freien Ermessen festgesetzten Modalitäten dieser unter dem Namen „Arbeitsverdienst" dem Sträfling gewährten Liberalität findet aber in den §§ 53—56 der Hausordnung vom 12. Juni 1862 ihren Ausdruck. Hiernach hat der Sträfling über den ihm bewilligten und gutgeschriebenen Arbeitsverdienst bis zur Zeit seines Austrittes aus der Strafanstalt nur ein äußerst beschränktes, an genau spezifizirte Zwecke gebundenes und für jeden einzelnen Gebrauchsfall vom Ermessen des Anstaltsvorstandes abhängiges Verfügungsrecht. Im Falle seines Absterbens vor seiner Entlassung aus der Strafanstalt verbleibt der Fond der Zuchthauskasse, welche bei der Entlassung ihn erst nach Abzug aller gegen den Sträfling zu erhebenden Ersatzverbindlichkeiten demselben aushändigt. Erst mit dieser Aushändigung tritt das freie Verfügungsrecht des ehemaligen Sträflings ein, erst von da an kann daher der Fond auch für andere, als die in der Hausordnung vorgesehenen Zwecke verwendet und als freies Eigenthum des ehemaligen Sträflings angesehen werden. Bis dahin kann mithin nach der rechtlichen Natur dieses Fonds derselbe dem Zugriff eines Gläubigers des Sträflings nicht unterliegen, wie solches auch in der Min.-Entschl. vom 23. März 1871 (bayer. Just. M. Bl. 1871 S. 69) mit Recht anerkannt wurde. Abge-

Digitized by Google

sehen davon aber greift der Grund der Nichtpfändbarkeit aus § 749 Ziff. 3 der R. C. P. O. Platz, da der fragliche Fond dem Sträfling lediglich auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit des Staates zufließt und der Zweck des Gebers durch die Pfändbarkeit seitens eines Dritten während des Zeitraumes, auf welchen sich die Fürsorge des Gebers erstreckt, völlig vereitelt werden würde. Selbst bei Anwendung des Gesichtspunktes eines freien Arbeitslohnes aber wäre die Pfändbarkeit auf Grund von § 1 des Reichsges. vom 21. Juni 1869, die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes betr., während der Dauer der Strafhaft ausgeschlossen, da der betreffende Fond dem Sträfling erst bei seinem Austritt aus der Anstalt auszuzahlen ist und daher seine Beschlagnahme vor dem Ablauf des Tages, an welchem er dem Empfangsberechtigten zu entrichten war, nicht statthaft wäre. Entsch. des Oberlandesgerichts Bamberg vom 31. Oktober 1885.

20. **Ziff. 7. Der Pensionsbezug einer Wittwe hat nicht die Natur einer Alimentationsforderung.** (B. O. L. 6. VII. 83.) S. X. (54.) 137.

21. **Zu den Hülfskassen sind auch solche Kassen zu rechnen, welche für den Fall der Invalidität ihren Mitgliedern dauernde Pensionsbezüge gewähren.** Es ergibt sich dies mit Deutlichkeit aus der speziellen Anführung der mit ihnen auf ganz gleiche Linie gestellten Knappschaftskassen. Die aus diesen zu beziehenden Hebungen sind nach § 749 Ziff. 4 ausnahmslos der Zwangsvollstreckung entzogen; zu ihnen gehören aber gerade auch solche Zahlungen, welche den invaliden Theilnehmern und deren Familien aus den Knappschaftskassen geleistet werden. (S. preuß. Ges. v. 10. April 1854, betr. die Vereinigung der Berg-, Hütten-, Salinen- und Aufbereitungsarbeiter in Knappschaften § 3 sub 3, 5 und 6, § 10; preuß. allgem. Berggesetz v. 24. Juni 1865 § 171 sub 4—6, § 173; vgl. auch preuß. Ges. betr. die gewerblichen Unterstützungskassen vom 3. April 1854 §§ 1 und 4; ferner das Reichshaftpflichtgesetz § 4 und dazu Eger, Komm. 2. Aufl. S. 410, 411.) — Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 18. April 1885. S. A. XLI. bezw. X. (334.) 481.

22. **Ziff. 8. Ueber Beschlagnahme von Beamtengehalten unter der Herrschaft früherer Prozeßgesetze** s. § 21 Abs. 1 Einf. Ges. zur R. C. P. O. ad B. O. L. VIII. (151.) 415—417.

23. **Einfluß der deutschen Civilprozeßordnung und Konkursordnung auf die unter der früheren Prozeßgesetzgebung verfügte Beschlagnahme eines Diensteinkommens.** S. hierüber S. A. Bd. 35 Nr. 321 S. 469 f.

24. **Abs. 2. Der nach § 749 der R. C. P. O. pfändbare Theil des Beamtengehaltes ergibt sich, wenn man die Beiträge der Beamten zur Wittwenkasse und die Summe von 1500 ℳ von dem Jahreseinkommen des Beamten abzieht. Nur von dem so verbleibenden Rest können die Gläubiger des Beamten ein Drittel beanspruchen.** (Preuß. Gesetz vom 20. Mai 1882.) — (R. G. 20. VI. 84.) U. u. A. I. (30.) 66.

25. **Abs. 3. Es kann nicht bezweifelt werden, daß im Allgemeinen ein Streit darüber, ob das gepfändete Forderungsrecht nicht zu den durch § 749 C. P. O. von der Pfändung gesetzlich ausgenommenen gehöre, gerade wie ein entsprechender Streit über die Anwendbarkeit des auf körperliche Sachen bezüglichen § 715 C. P. O., durchaus geeignet ist, innerhalb des Zwangs-**

Digitized by Google

vollstreckungsverfahrens selbst zur Entscheidung zu gelangen. (R. G. 10. II. 86.) S. hierüber R. C. XVI. (71.) 319.

26. **Abs. 5. Voraussetzungen eines Streites im Zwangsvollstreckungsverfahren über die Anwendbarkeit des § 749 Abs. 5 C. P. O.** (R. G. 10. II. 86.) S. hierüber bei Abs. 3 ad R. C. XVI. (71.) 319.

Pfändung für mehrere Gläubiger.

§ 750. **§ 750.**

Ist eine Geldforderung für mehrere Gläubiger gepfändet, so ist der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem die Forderung überwiesen wurde, verpflichtet, unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse an das Amtsgericht, dessen Beschluß ihm zuerst zugestellt ist, den Schuldbetrag zu hinterlegen.

§ 759.

§ 751. **§ 751.**

Ist ein Anspruch, welcher eine bewegliche körperliche Sache betrifft, für mehrere Gläubiger gepfändet, so ist der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem der Anspruch überwiesen wurde, verpflichtet, die Sache unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse dem Gerichtsvollzieher herauszugeben, welcher nach dem ihm zuerst zugestellten Beschlusse zur Empfangnahme der Sache ermächtigt ist. Hat der Gläubiger einen solchen Gerichtsvollzieher nicht bezeichnet, so erfolgt dessen Ernennung auf Antrag des Drittschuldners von dem Amtsgerichte des Orts, wo die Sache herauszugeben ist.

Ger. K. G. § 47 Nr. 3. R. A. G. O. § 23 Nr. 1.

Ist der Erlös zur Deckung der Forderungen nicht ausreichend und verlangt der Gläubiger, für welchen die zweite oder eine spätere Pfändung erfolgt ist, ohne Zustimmung der übrigen betheiligten Gläubiger eine andere Vertheilung als nach der Reihenfolge der Pfändungen, so hat der Gerichtsvollzieher die Sachlage unter Hinterlegung des Erlöses dem Amtsgericht anzuzeigen, dessen Beschluß dem Drittschuldner zuerst zugestellt ist. Dieser Anzeige sind die auf das Verfahren sich beziehenden Schriftstücke beizufügen.

In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn die Pfändung für mehrere Gläubiger gleichzeitig bewirkt ist.

§§ 727, 728.

§ 752. **§ 752.**

Betrifft der Anspruch eine unbewegliche Sache, so ist der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem der Anspruch überwiesen wurde, verpflichtet, die Sache unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse an den von dem Amtsgerichte der belegenen Sache ernannten oder auf seinen Antrag zu ernennenden Sequester herauszugeben.

Rechtsverhältniß des Sequesters zum Ausbringer der Sequestration. Urtheil des O. L. G. zu Dresden vom 15. Mai 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 80 S. 114. 115. S. hierüber bei § 747.

§ 753. **§ 753.**

Jeder Gläubiger, welchem der Anspruch überwiesen wurde, ist berechtigt, gegen den Drittschuldner Klage auf Erfüllung der nach den Bestimmungen der §§ 750—752 diesem obliegenden Verpflichtungen zu erheben.

§§ 736, 738, 740.

Jeder Gläubiger, für welchen der Anspruch gepfändet ist, kann sich dem Kläger in jeder Lage des Rechtsstreits als Streitgenosse anschließen.

§ 59.

Der Drittschuldner hat die Gläubiger, welche die Klage nicht erhoben und dem Kläger sich nicht angeschlossen haben, zum Termine zur mündlichen Verhandlung zu laden.

Die Entscheidung, welche in dem Rechtsstreite über den in der Klage erhobenen Anspruch erlassen wird, ist für und gegen sämmtliche Gläubiger wirksam.

Digitized by Google

Gegen einen Gläubiger, welcher nicht zum Termine zur mündlichen Verhandlung geladen ist, obgleich er von dem Drittschuldner hätte geladen werden sollen, kann der Drittschuldner sich auf die ihm günstige Entscheidung nicht berufen.

Abs. 2. Der § 753 Abs. 2 ist dazu bestimmt, die Konkurrenz der mehreren Gläubiger, welche aus einer und derselben Forderung Befriedigung suchen, unter einander zu regeln. (R. G. 3. VI. 85.) U. n. A. II. (196.) 424.

3. Andere Vermögensrechte.

§ 754.

§ 754.

Auf die Zwangsvollstreckung in andere Vermögensrechte, welche nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind, finden die vorstehenden Bestimmungen entsprechende Anwendung.

Ist ein Drittschuldner nicht vorhanden, so ist die Pfändung mit dem Zeitpunkt als bewirkt anzusehen, in welchem dem Schuldner das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, zugestellt ist.

Das Gericht kann bei der Zwangsvollstreckung in Rechte, welche nur in Ansehung der Ausübung veräußerlich sind, besondere Anordnungen erlassen. Es kann insbesondere bei der Zwangsvollstreckung im Nutzungsrechte eine Verwaltung anordnen. In diesem Falle wird die Pfändung durch Uebergabe der zu benutzenden Sache an den Verwalter bewirkt, sofern sie nicht durch Zustellung des Beschlusses bereits vorher bewirkt ist.

Ist die Veräußrrung des Rechts selbst zulässig, so kann auch diese Veräußerung von dem Gericht angeordnet werden.

Ger. K. G. § 35 Nr. 3. R. A. G. O. § 32.

1. **Die Pfändung des ungetheilten Antheiles einer dem Schuldner zugefallenen Erbschaft kann im Gebiete des französischen Rechts nicht als Pfändung der einzelnen zur Erbmasse gehörenden Vermögensobjekte gelten, vielmehr muß eine solche je nach der Art der einzelnen Gegenstände in den dafür gesetzlich bestimmten besonderen Formen erfolgen, also bei zum Nachlasse gehörenden Forderungen gemäß § 730 C. P. O. durch Zustellung an den Drittschuldner.** (R. G. 2. I. 83.) R. C. IX. (107.) 364. 365.

2. **Unzulässigkeit der Beschlagnahme eines künftigen Pflichterbtheils nach Bamberger Landrecht.** (B. O. L. 22. XII. 84.) S. hierüber bei § 729 ad S. X. (239.) 641—644.

3. **Unzulässigkeit der Pfändung des einem Auszügler zustehenden Rechts auf Beköstigung und Wohnung im Hause des Sohnes.** Der hier maßgebende § 754 der C. P. O. setzt, wie aus Abs. 3 und 4 desselben hervorgeht, auch von den Kommentatoren übereinstimmend angenommen wird (s. z. B. die Kommentare von Struckmann u. Koch, 4. Aufl., Seuffert, 2. Aufl., Petersen, 2. Aufl. zu dem erwähnten Paragraphen), für die Zulässigkeit der dort geordneten Zwangsvollstreckung voraus, daß die derselben unterliegenden Vermögensrechte an sich oder mindestens in Ansehung der Ausübung veräußerlich und auf einen Dritten übertragbar seien. Diese Voraussetzung liegt hier nicht vor. Das dem Schuldner von seinem Sohn in einem Gutsabtretungs- und Ernährungsvertrage zugestandene Recht auf Beköstigung an des letzteren Tisch und auf Mitaufenthalt in dessen Wohnstube ist — durchaus verschieden von einem gewöhnlichen Nießbrauchs- und Wohnungsrecht — wesentlich durch das verwandtschaftliche Verhältniß beider Betheiligten bedingt und erscheint als ein höchst persönliches Recht des Vaters dem Sohne gegenüber, welches durch Uebertragung auf einen Dritten oder gar mehrere Dritte

Digitized by Google

eine vollständige Aenderung seines Inhalts erleiden würde. Beschluß des O. L. G. zu Jena vom 5. September 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 276 S. 375 f.

4. **In der Zustellung eines Arrestanordnungsbeschlusses, in welchem ein Recht als Gegenstand des Arrestes speziell bezeichnet ist, liegt keine Pfändung des Rechtes gemäß § 754 Abs. 2 C. P. O.** (R. G. 31. III. 83.) S. § 808 ad R. C. IX. (92.) 321. 322. A. VII. (179.) 580 f.

5. **Das Verbot des § 754 Abs. 2 bezieht sich auch auf die Zubehörungen des Rechtes.** (R. G. 22. XII. 82.) R. St. VII. (108.) 367.

Zweiter Titel.

Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

§ 755. **§ 755.**

Für die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück ist als Vollstreckungsgericht das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist.

Die Zwangsvollstreckung wird von diesem Gericht auf Antrag angeordnet.

Ger. K. G. § 35 Nr. 3.

1. **Die in § 755 Abs. 2 vorgesehene Anordnung der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück erstreckt sich unzweifelhaft auch auf die Pertinenzstücke desselben.** (R. G. 22. XII. 82.) R. St. VII. (108.) 367.

2. **Der im Klagwege zu stellende Antrag auf Anordnung der Versteigerung auf Grund des Uebergebotes nach Artt. 2183 des Code civil und des Gesetzes vom 18. April 1855, das Uebergebotsverfahren nach freiwilligen Veräußerungen im Gebiete des rheinischen Rechts betr., kann nicht als ein Antrag auf Zwangsvollstreckung im Sinne von § 755 C. P. O. aufgefaßt werden;** vielmehr bildet erst das darauf zu erlassende Urtheil den (vollstreckbaren) Titel für die vorzunehmende Versteigerung. (R. G. 19. X. 83.) R. C. X. (90.) 306.

§ 756. **§ 756.**

Ist es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Amtsgerichtsbezirke ungewiß, welches Amtsgericht zuständig sei, oder ist das Grundstück in den Bezirken verschiedener Amtsgerichte belegen, so ist auf Antrag eines Betheiligten von dem zunächst höheren Gericht unter Berücksichtigung der im § 36 enthaltenen Vorschriften eines dieser Gerichte zum Vollstreckungsgerichte zu bestellen.

§ 36 Einf. G. § 9.

Dieselbe Anordnung kann getroffen werden, wenn die Zwangsvollstreckung in mehrere Grundstücke desselben Schuldners, welche in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken belegen sind, beantragt wird.

§ 757. **§ 757.**

Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen einschließlich des mit derselben verbundenen Aufgebots- und Vertheilungsverfahrens bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

Nach den Landesgesetzen bestimmt sich insbesondere auch, welche Sachen und Rechte in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, inwiefern der Gläubiger berechtigt ist, seine Forderung in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen und wie die Eintragung zu bewirken ist.

Entstehen in dem die Zwangsvollstreckung betreffenden Verfahren Rechtsstreitigkeiten, welche in einem besonderen Prozesse zu erledigen sind, so erfolgt die Erledigung nach den Bestimmungen dieses Gesetzes. Auf Vertheilungsstreitigkeiten finden die §§ 765—768 entsprechende Anwendung.

§ 811. Konk. O. § 39 Abs. 2.

Digitized by Google

1. Nach § 757 C. P. O. bestimmt sich die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen, insbesondere auch der Umfang des Gegenstandes derselben nach den Landesgesetzen. Nach §§ 122. 127 Allg. G. O. I. 24 sind Gegenstand einer Zwangsverwaltung auch die beweglichen Pertinenzstücke des zu sequestrirenden Grundstückes. Nach § 1 des Gesetzes vom 4. März 1879 unterliegen der Zwangsvollstreckung in das Immobile auch diejenigen beweglichen Sachen, auf welche sich kraft des Gesetzes das an ersterem bestehende Pfandrecht mit erstreckt. Kraft des Gesetzes (§ 30 des Ges. vom 5. Mai 1872) erstreckt sich aber das Hypothekenrecht auf das bewegliche, dem Eigenthümer gehörige Zubehör bis zu dessen Veräußerung und Trennung vom Grundstücke, und dies entspricht vollkommen den Grundsätzen der §§ 443 bis 446 A. L. R. I. 20, die hinsichts der Frage, was bewegliches Zubehörstück ist, auf §§ 42 ff. I. 2 verweisen. Die Rechtslage gestaltet sich hiernach so, daß bewegliche Sachen, die an sich die Pertinenzeigenschaft haben würden, doch nicht als Pertinenzstücke gelten, wenn sie einem Dritten und nicht dem Gutseigenthümer gehören, daß aber das an wirklichen Pertinenzstücken entstandene Hypothekenrecht bloß dadurch, daß die Sachen von einem Dritten erworben werden, nicht untergeht, dasselbe sich vielmehr ebenso auf diese Gegenstände, wie auf die dem Eigenthümer verbliebenen, oder nachträglich von demselben angeschafften Pertinenzstücke, bis zur gänzlichen Trennung von der Hauptsache erstreckt. Auf **Sachen, die der Nichteigenthümer des Grundstückes zur Bewirthschaftung des letzteren angeschafft hat,** erstreckt sich daher das Hypothekenrecht nicht, folgerecht **sind** sie auch **nicht Gegenstand der Zwangsverwaltung, die gegen den Grundstückseigenthümer stattfindet.** An diese Grundsätze sind auch die Kreditdirektionen bei den von ihnen eingeführten Sequestrationen gebunden; allerdings sind in dieser Beziehung die besonderen Befugnisse der Kreditverbände aufrecht erhalten (§§ 1. 54 des Ges. vom 7. September 1879, §§ 5. 7 des Ges. vom 4. März 1879); nirgends ist aber festgestellt oder auch nur angedeutet, daß die statutarischen Befugnisse der Beklagten eine Erweiterung des Sequestrationsobjektes auf Gegenstände, die dem landwirthschaftlichen Hypothekenrechte nicht unterliegen, ermöglichen. Es ist unrichtig, daß solche Gegenstände, wenn sie dem Gutsinventare als Inbegriff der beweglichen Pertinenzstücke des Gutes einverleibt werden, auch an der Belastung dieses Inbegriffes mit Hypotheken theilnehmen (§§ 36. 103 A. L. R. I. 2). Es wird hierbei übersehen, daß, wenn eine solche Einverleibung stattfindet, ein Dritter dieselbe in seine eigene Sachgesammtheit vornimmt, daß die letztere ebendeßhalb nicht ein Inventar, als Inbegriff der zum Gute gehörigen beweglichen Pertinenzstücke, darstellen kann (§§ 103. 60 a. a. O.), und daß das Gesetz auch nicht einmal diesen Inbegriff, das Inventar, sondern das dem Eigenthümer gehörige Zubehör und beziehlich die beweglichen Pertinenzstücke (§§ 445—446 A. L. R. I. 20) als verhaftet bezeichnet und nur diese Verhaftung nach der Veräußerung noch fortbestehen läßt. (R. G. 4. VII. 83.) R. C. IX. (85.) 304—306.

2. Ueber **Pfändung an beweglichen Hypothekpertinenzien** s. bei § 709 (B. O. L. 20. XI. 82.) S. IX. (255.) 757 ff.

3. **Unpfändbarkeit beweglicher Hypothekobjektszugehörungen.** Das Widerspruchsrecht des Hypothekgläubigers stützt sich darauf, daß die

Digitized by Google

Hypothekpertinenzien ihm gegenüber und bezüglich der Zwangsvollstreckung als unbeweglich gelten. Es ist daher, da das bayerische Hypothekengesetz besagten Pertinenzien Immobiliareigenschaft beigelegt hat, § 757, nicht § 710, der C. P. O. entscheidend, d. i. auf Hypothekpertinenzien findet die bayerische Subhastationsordnung Anwendung. (Blätter für Rechtsanwendung Bd. 45 S. 426—32; Bd. 47 S. 321, 337, 359; Bd. 48 S. 177—81, 273—76. Vgl. auch Bd. IX S. 759 f. der Sammlung der Entscheidungen des bayerischen obersten Landesgerichtes.) Nach § 3 und 33 des Hypothekengesetzes erstreckt sich die Hypothek auf die ganze Sache und auf alle Theile, sowie auf Zuwachs und Zugehörungen derselben. Die an sich bewegliche Sache verliert zwar durch die in Folge Privatwillens ausdrücklich erklärte Pertinenz-Qualität ihre Natur als bewegliche Sache nicht, allein nachdem dem Hypothekgläubiger das ganze Hypothekobjekt sammt Zugehörungen gesetzlich haftet, die Hypothek ein untheilbares Recht ist, ist es unstatthaft, eine solche Pertinenz gegen den Willen und ungeachtet des Widerspruchs des Hypothekgläubigers von der unbeweglichen Sache durch Trennung in der Art zu mobilisiren, daß sie als Fahrniß gepfändet und zur Vollstreckung behufs Befriedigung eines dritten Gläubigers als selbständiges Vollstreckungsmittel in Anspruch genommen wird, um so mehr, als durch das dem Hypothekgläubiger gegenüber durch § 35 des Hypothekengesetzes geschaffene Präjudiz, wonach demselben jeder Anspruch gegen den dritten Besitzer einer veräußerten beweglichen Zugehörung entzogen ist, zugleich das Recht des Hypothekgläubigers gewahrt erscheint, gegen einen solchen Akt der Veräußerung bis zum Momente der Vollendung Widerspruch zu erheben. (§ 45 des Hypothekengesetzes.) So lange die Trennung nicht eingetreten ist, den beweglichen Sachen mithin die Pertinenzeigenschaft zukommt, werden sie, da das dingliche Recht der Hypothek kraft Gesetzes die beweglichen Zugehörungen oder hypothezirte unbewegliche Sache umfaßt, und nach § 1 des Hypothekengesetzes nur unbewegliche Sachen dem Hypothekenrechte unterworfen sind, von dem Gesetze in Ansehung der Zwangsvollstreckung unbeweglichen Sachen gleichgeachtet. Unter der in § 35 des Hypothekengesetzes erwähnten Veräußerung ist nur die Eigenthumsübertragung zu verstehen, nicht die Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechtes, z. B. eines Faustpfandes an der Sache. (Regelsberger, Das bayer. Hypothekenrecht S. 206.) An diesem Rechtsstande nach § 33 und 34 des Hypothekengesetzes wurde durch die neuere Gesetzgebung nichts geändert. Nach § 757 der R. C. P. O. bestimmt sich die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen nach den Landesgesetzen, und nach diesen bestimmt sich insbesondere auch, welche Sachen und Rechte in Ansehung des Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, und Art. 2 der bayerischen Subhastationsordnung vom 23. Februar 1879 bestimmt, daß zum unbeweglichen Vermögen in Ansehung der Zwangsvollstreckung diejenigen Sachen gehören, welche nach dem bürgerlichen Rechte als unbewegliche Sachen gelten. Das hier anzuwendende bürgerliche Recht ist aber das bayerische Hypothekengesetz. Art. 8 der Subhastationsordnung verfügt zwar, daß bewegliche Zugehörungen in Ansehung der Zwangsvollstreckung und ihrer Wirkungen mit dem Zeitpunkte, in welchem die Beschlagnahme bewirkt ist, der beschlagnahmten Hauptsache gleich stehen, allein diese Ge-

Digitized by Google

setzesstelle handelt nicht von den Hypothekpertinenzien, sondern von der beweglichen Zugehör überhaupt, für die Entstehung des Hypothekenrechtes an den beweglichen Zugehörungen ist der Beschlagnahmeakt belanglos, denn das Hypothekenrecht ist gemäß § 1 und 21 des Hypothekengesetzes durch Eintragung in das Hypothekenbuch entstanden. Durch Art. 8 und Art. 10 der Subhastationsordnung, welche sich gleichfalls auf die Beschlagnahme beziehen, werden daher die Rechte des Hypothekgläubigers nicht beschränkt, sondern nur dem Beschlagnahmegläubiger jene Rechte eingeräumt, welche der Hypothekgläubiger bereits vorher hat. Dieses geht unzweifelhaft aus den Motiven zur Subhastationsordnung und den Gesetzgebungsverhandlungen über dieselbe hervor. In diesen Motiven ist ausgesprochen, daß an den Vorschriften der bayerischen Prozeßordnung, welche civilrechtlichen Charakter haben, wegen des engen Zusammenhanges mit dem bürgerlichen Rechte, insbesondere der Hypothekengesetzgebung, und des gerade bei materiellen Rechtsbestimmungen besonders bedeutsamen Erfordernisses der Stabilität des Rechtes festzuhalten sei, und zu Art. 2, daß keine Gründe bestehen, an dem zur Zeit in Bayern geltenden Rechte hinsichtlich derjenigen Sachen, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, etwas zu ändern. (Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1878/79 Beil. Bd. 5 S. 75 Sp. 1 Abs. 2, S. 76 zu Art. 2; ferner Bericht des Referenten S. 478, 481, 483 u. 484 ebendas.) Durch Art. 8 werden dem Beschlagnahmegläubiger nur jene Rechte gewährt, welche auch dem Hypothekgläubiger durch das Gesetz eingeräumt sind. Art. 710 der R. C. P. O., welcher von der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen handelt, findet daher auf die Pfändung von Hypothekpertinenzien keine Anwendung. (Kommentar zur R. C. P. O. von Seuffert, Aufl. 2, S. 846, 896, — dann die Kommentare von Dr. Pemsel S. 204, Hellmann Bd. 3 S. 78, Wilmowsky und Levy S. 820, Sarwey Bd. 2 S. 182.) — (B. O. L. 11. XII. 83 u. 27. XII. 83.) S. X. (99. I. u. II.) 262—268.

4. **Zuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten aus einem Vertheilungsverfahren.** Die C. P. O. bestimmt, wenn sie auch in § 757 Abs. 1 für die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen einschließlich des Vertheilungsverfahrens die Landesgesetze für maßgebend erklärt, doch in Abs. 3, daß, wenn in diesem Verfahren Rechtsstreitigkeiten entstehen, die in einem besonderen Prozeß zu erledigen sind, diese Erledigung nach den Bestimmungen der C. P. O. zu erfolgen hat und daß namentlich auf Vertheilungsstreitigkeiten die §§ 765 bis 768 Anwendung finden. Nun ist nach § 40 eine Vereinbarung über die Zuständigkeit unzulässig, wenn ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist; nach § 707 sind aber alle in dem die Zwangsvollstreckung betreffenden achten Buch angeordneten Gerichtsstände ausschließliche, und § 765 bestimmt, daß für alle Klagen aus der Vertheilung entweder das A. G. oder, wenn auch nur für eine Klage die Zuständigkeit des L. G. begründet ist, dieses zuständig sei, es sei denn, daß sämmtliche betheiligten Gläubiger vereinbart hätten, daß das A. G. über alle Widersprüche entscheiden solle. Urtheil des O. L. G. zu Darmstadt vom 4. Mai 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 174 S. 243.

Digitized by Google

5. **Bei der Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen ist das Reichsgericht zuständig, über sofortige Beschwerden gegen die Entscheidung preußischer Gerichte betreffs des Zuschlags zu urtheilen.** Die Civilprozeßordnung hat das gesammte Zwangsvollstreckungsverfahren geregelt. **Für die Zwangsvollstreckung in Grundstücke gelten** deßhalb **nicht bloß die §§ 755 bis 757, sondern auch die allgemeinen Vorschriften im ersten Abschnitt des achten Buches, insbesondere diejenige des § 701 über die Anfechtung von Entscheidungen, welche ohne mündliche Verhandlung erfolgen können.** Wenn § 9 des preußischen Gesetzes vom 4. März 1879 (G. S. S. 102) in Ausführung des durch § 757 C. P. O. gemachten Vorbehaltes bestimmt, daß die Entscheidung über den Zuschlag ohne mündliche Verhandlung erfolgen kann, und hinzugefügt: Gegen dieselbe findet nur sofortige Beschwerde statt, so entspricht diese Vorschrift dem § 701 C. P. O., und die sofortige Beschwerde muß nach den Grundsätzen der Civilprozeßordnung über dieses Rechtsmittel und zwar in höchster Instanz vom Reichsgericht erledigt werden. (R. G. 17. XII. 80.) R. C. III. (103.) 374. 375.

Dritter Titel.

Vertheilungsverfahren.

§ 758. **§ 758.**

Das Vertheilungsverfahren tritt ein, wenn bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen ein Geldbetrag hinterlegt ist, welcher zur Befriedigung der betheiligten Gläubiger nicht hinreicht.

Ger. K. G. § 42. R. A. G. O. § 39.

§ 759. **§ 759.**

Das zuständige Amtsgericht (§§ 728, 750—752) hat nach Eingang der Anzeige über die Sachlage an jeden der betheiligten Gläubiger die Aufforderung zu erlassen, binnen zwei Wochen eine Berechnung der Forderung an Kapital, Zinsen, Kosten und sonstigen Nebenforderungen einzureichen.

Theilungsplan.

§ 760. **§ 760.**

Nach Ablauf der zweiwöchigen Fristen wird von dem Gericht ein Theilungsplan angefertigt.

Der Betrag der Kosten des Verfahrens ist von dem Bestande der Masse vorweg in Abzug zu bringen.

Die Forderung eines Gläubigers, welcher bis zur Anfertigung des Theilungsplans der an ihn gerichteten Aufforderung nicht nachgekommen ist, wird nach der Anzeige und deren Unterlagen berechnet. Eine nachträgliche Ergänzung der Forderung findet nicht statt.

§§ 709, 728, 750, 751.

§ 761. **§ 761.**

Das Gericht hat zur Erklärung über den Theilungsplan sowie zur Ausführung der Vertheilung einen Termin zu bestimmen. Der Theilungsplan muß spätestens drei Tage vor dem Termine auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niedergelegt werden.

Die Ladung des Schuldners zu dem Termin ist nicht erforderlich, wenn sie durch Zustellung im Ausland oder durch öffentliche Zustellung erfolgen müßte.

§ 762. **§ 762.**

Wird in dem Termin ein Widerspruch gegen den Plan nicht erhoben, so ist dieser zur Ausführung zu bringen. Erfolgt ein Widerspruch, so hat sich jeder bei demselben betheiligte Gläubiger sofort zu erklären. Wird der Widerspruch von den

Digitized by Google

Betheiligten als begründet anerkannt oder kommt anderweit eine Einigung zu Stande, so ist der Plan demgemäß zu berichtigen. Wenn ein Widerspruch sich nicht erledigt, so erfolgt die Ausführung des Plan insoweit, als der Plan durch den Widerspruch nicht betroffen wird.

§ 763.

§ 763.

Gegen einen Gläubiger, welcher in dem Termine weder erschienen ist noch vor dem Termine bei dem Gerichte Widerspruch erhoben hat, wird angenommen, daß er mit der Ausführung des Plans einverstanden sei.

Ist ein in dem Termine nicht erschienener Gläubiger bei dem Widerspruche betheiligt, welchen ein anderer Gläubiger erhoben hat, so wird angenommen, daß er diesen Widerspruch nicht als begründet anerkenne.

§§ 686—688, 691, 692, 696 Abs. 2, 3, 705, 749.

Abs. 1. In § 763 Abs. 1 ist für den im Termin ausbleibenden und auch vor dem Termin nicht widersprechenden Gläubiger das Einverständniß nicht mit dem Plan, sondern mit der Ausführung des Plans angedroht, womit das Gesetz die von diesem Gläubiger der Erledigung des Vollstreckungsverfahrens und der Ausführung des Plans etwa zu bereitenden Hindernisse für beseitigt erklärt. **Ueber das Rechtsverhältniß zwischen den Betheiligten nach Erledigung der Zwangsvollstreckung ist keine Norm gegeben.** Die Ordnung der diesfallsigen privatrechtlichen Beziehungen überschreitet die dem Prozeßgesetz auf das Verfahren gerichteten Zwecke. Es müßten Gründe für eine solche Ausdehnung vorhanden sein und es müßte das Gesetz einer solchen Absicht einen bestimmt erkennbaren Ausdruck gegeben haben, wofür nichts vorliegt. Es läßt sich insbesondere nicht geltend machen, daß das Einverständniß mit der Ausführung des Plans dem Einverständniß mit dem Plan selbst gleichkomme. Die auf den Fortgang und die Erledigung des Verfahrens gerichtete Anerkennung schließt eine materielle Genehmigung des Geschäfts begrifflich nicht in sich. Wenn allerdings die Zustimmung zu der Ausführung des Plans nach Kenntnißnahme von demselben durch einen Gläubiger erklärt wäre, so würde die Willensauslegung bei unterlassener Beifügung eines Vorbehalts leicht dahin führen, die Einwilligung in die Ausführung als materielle Billigung des Geschäfts auszulegen. Bei einem als Kontumacialfolge fingirten Einverständniß kommt eine Willensauslegung nicht in Betracht. Dasselbe ist in seinen begrifflichen Grenzen strenge festzuhalten. Dies ist um so gewisser der Fall, als eine Ausdehnung dieses Rechtsnachtheils im Sinn einer materiellen Billigung des Theilungsplanes sich als ein auffallendes, den Grundsätzen der C. P. O. nicht entsprechendes Beispiel von Härte gegen den ausbleibenden Gläubiger darstellen müßte. Er würde auf Grund seiner Versäumniß einem Ausschluß seiner Rechtszuständigkeiten verfallen, wogegen er sich weder durch Einspruch noch durch Restitution zu schützen vermag, unerachtet nach Umständen beträchtliche und unersetzliche Vermögensverluste in Frage kommen. Er könnte solche Verluste, bei Ladung zum Termin durch Ersatzzustellung oder in anderen denkbaren Fällen, selbst dann hinnehmen müssen, wenn die Versäumung ihm gar nicht zur Verantwortung zuzurechnen ist. Da aber hiernach der Wortlaut des Gesetzes sowohl einen klaren als einen sachentsprechenden Sinn ergibt, so kann demselben kein Eintrag geschehen durch die kurze Anführung der Motive: es könne, nachdem das Gericht auf Grund der vorliegenden Urkunde einen Theilungsplan aufgestellt habe, gegen die im Termin ausbleibenden Gläubiger nur angenommen werden, daß sie „diesem Plan

Digitized by Google

zustimmen". Urtheil des O. L. G. zu Stuttgart vom 26. März 1886. S. A. Bd. 12 bezw. 42 Nr. 81 S. 117 ff.

Streitigkeiten.

§ 764. **§ 764.**

Der widersprechende Gläubiger muß ohne vorherige Aufforderung binnen einer Frist von einem Monate, welche mit dem Terminstage beginnt, dem Gerichte nachweisen, daß er gegen die betheiligten Gläubiger Klage erhoben habe. Nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist wird die Ausführung des Plans ohne Rücksicht auf den Widerspruch angeordnet.

Die Befugniß des Gläubigers, welcher dem Plane widersprochen hat, ein besseres Recht gegen den Gläubiger, welcher einen Geldbetrag nach dem Plane erhalten hat, im Wege der Klage geltend zu machen, wird durch die Versäumung der Frist und durch die Ausführung des Plans nicht ausgeschlossen.

1. **Die stillschweigende Zustimmung in einem Vertheilungsverfahren ist nicht als Einwilligung in einem später aufgestellten Vertheilungsplan, insbesondere nicht als Genehmigung eines solchen zu erachten, der nachstehende Gläubiger bevorzugt.** (R. G. 1. IV. 82.) A. V. (120.) 464.

2. **Die innerhalb der Frist des § 764 der C. P. O. erhobene Klage, welche die Ausführung des Theilungsplans, dem widersprochen ist, bis nach erledigtem Widerspruch zu hemmen bezweckt, ist als ein Inzidentstreit im Zwangsvollstreckungsverfahren aufzufassen.** Das ergibt sich nicht nur aus den Bestimmungen des § 765 über die Zuständigkeit der Gerichte, welche über Widersprüche gegen den Theilungsplan zu entscheiden haben, ferner aus der besonderen von der allgemeinen Vorschrift des § 295 abweichenden Bestimmung über den Erlaß des Versäumnißurtheils gegen den widersprechenden Gläubiger, sondern auch aus §§ 766 und 768, welche nach ergangener Entscheidung über den Widerspruch eine Wiederaufnahme des Vertheilungsverfahrens vorsehen. **Ein solcher Inzidentstreit fällt aber unter diejenigen Prozeßhandlungen, welche durch die Zwangsvollstreckung veranlaßt werden, und wird daher nach § 77 von der Prozeßvollmacht für den Rechtsstreit, in Verfolg dessen das Zwangsvollstreckungsverfahren eingeleitet wurde, mitumfaßt.** Die Motive zu § 77 heben überdies ausdrücklich hervor, daß, wenn auch vielfach Prozeßhandlungen bei der Zwangsvollstreckung im Gewande einer Klage auftreten, sie sich doch in Wirklichkeit nur als Bestandtheile des seine Realisirung entgegenstrebenden Hauptverfahrens darstellen. Der die C. P. O. beherrschende Grundsatz (vgl. Motive zu §§ 162—164 und Entsch. des R. G. Bd. 8 Nr. 126, auch in Seuffert Archiv Bd. 38 Nr. 345), daß eine Partei durch Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten sich des eignen Prozeßbetriebs begibt, und deßhalb nach Anhängigwerden des Rechtsstreits alle Zustellungen an den Prozeßbevollmächtigten geschehen müssen, trifft hiernach alle von der Prozeßvollmacht umfaßten Prozeßhandlungen des anhängigen Rechtsstreits. Die §§ 162—164 der C. P. O., in denen die Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten für die Instanz vorgeschrieben und bestimmt wird, welche Prozeßhandlungen als zur Instanz gehörig anzusehen sind, kommen nur insoweit in Betracht, als die Bestellung verschiedener Prozeßbevollmächtigter für verschiedene Instanzen eine Abgrenzung derselben gegen einander erforderlich macht. Dieser Fall liegt hier nicht vor. Der § 163 rechnet übrigens ausdrücklich zur Instanz im Sinn des § 162 auch das Verfahren

Digitized by Google

vor dem Vollstreckungsgericht. **Zur Erledigung des Widerspruchs ist aber zunächst das Vertheilungsgericht als Vollstreckungsgericht (§ 765 vgl. mit §§ 728 und 759) zuständig und nur wenn der Streitgegenstand die amtsgerichtliche Zuständigkeit überschreitet, das L. G., in dessen Bezirk das Vertheilungsgericht seinen Sitz hat.** Das L. G. ist also in solchem Fall als für das Vollstreckungsgericht fungirend gedacht. Wollte man das nicht annehmen, so gelangte man zu dem den Absichten des Gesetzgebers gewiß nicht entsprechenden Resultat, daß die Klage des widersprechenden Gläubigers, wenn es sich um 300 Mark und weniger handelt, als zur Instanz gehörig dem bisherigen Prozeßbevollmächtigten des Gegners, bei streitigen größeren Beträgen aber als neue Klage der Partei selbst zuzustellen wäre. Das Bedenken, daß diese Ansicht dahin führen würde, auch die Zustellung von Interventionsklagen in Gemäßheit des § 690 an den Prozeßbevollmächtigten des Klägers im Hauptprozeß zu verlangen, geht fehl, denn die Motive zu § 78 beziehen das Verfahren über eine Hauptintervention, welches die Vollmacht für den Hauptprozeß mitumfassen soll, ausdrücklich auch auf die Klage aus § 690. Vielfach werden übrigens zu dem Verfahren in Folge neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckung (§ 163, wobei die Motive freilich nur auf §§ 686 und 687 verweisen) auch die Fälle der §§ 690 und 710 gerechnet, und auch wo das nicht geschieht (z. B. bei Wilmowsky und Levy Komm. 3. Aufl. zu § 163), werden die Fälle dieser beiden Paragraphen hinsichtlich des Umfangs der Prozeßvollmacht schon durch § 77 gedeckt erachtet (vgl. die Komm. von Seuffert, Gaupp, Struckmann und Koch, Wilmowsky und Levy zu §§ 77—78 und 163). Es wird aber keiner Ausführung bedürfen, daß, was in dieser Beziehung von den Klagen der §§ 690 und 710 gilt, in viel höherem Maß von dem bloßen Inzidentstreit des § 764 gelten muß. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 8. November 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 277 S. 376. 377.

3. Unter den Auslegern des § 764 der C. P. O. herrscht **Meinungsverschiedenheit darüber, ob in dem zufolge Widerspruchs eines Gläubigers gegen einen Theilungsplan im Vertheilungsverfahren entstehenden Inzidentstreit nur über den Vorrang oder auch über den Rechtsbestand einer betheiligten Forderung gestritten werden dürfe.** Es unterliegt aber keinem Bedenken, der weitergehenden Ansicht wenigstens insoweit beizutreten, als es gestattet sein muß, dem den Vorrang beanspruchenden Gläubiger das nach vollstreckter Pfändung in Folge von Zahlung geschehene Erlöschen seiner Forderung entgegenzusetzen. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 8. November 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 277 S. 377. 378.

4. **An die Versäumung des Widerspruchs knüpft sich nur ein prozeßrechtlicher Nachtheil ohne privatrechtliche Regreßrechte zur Ausgleichung erlittenen Unrechts auszuschließen.** (Seuffert, Kommentar 3. Aufl. Anm. 2 zu § 764; Hellmann, Lehrb. des C. P. R. S. 880; Krech und Fischer, Komm. z. preuß. Subhast.-Ges. vom 13. Juli 1883 S. 516, 517, 532. Anderer Meinung: Gaupp, Komm. Bd. 3 S. 394; Wilmowsky-Levy, Komm. 4. Aufl. Anm. 4 zu § 764. O. L. G. Bamberg bei Busch, Zeitschr. Bd. 6 S. 139.) S. hierüber bei § 763 Abs. 1. Urtheil des O. L. G. zu Stuttgart vom 26. März 1886. S. A. Bd. 12 bezw. 42 Nr. 81 S. 117 ff.

Digitized by Google

5. **Der Terminstag, von welchem nach der deutschen Civilprozeßordnung die Frist zur Klagerhebung beginnt, ist dem rheinischen Rangordnungsverfahren fremd**; es fragt sich also, welches Stadium des rheinischen Verfahrens nach der Absicht des Gesetzgebers dem Terminstage entspricht. Beide Prozeßordnungen verfolgen den Zweck, die Erhebung der gerichtlichen Klage zu vermeiden, indem sie den Gläubigern die Gelegenheit gewähren, die Ansprüche der konkurrirenden Gläubiger und deren Begründung kennen zu lernen und durch eine kontradiktorische Erörterung zu einer Einigung zu gelangen. Das rheinische Verfahren sucht diesen Zweck durch die innerhalb Monatsfrist zum Protokolle des Richterkommissares abzugebende und allen Gläubigern zur Einsicht offenliegende Eintragung der Einwendungen gegen den provisorischen Status zu erreichen, die deutsche Civilprozeßordnung gewährt zu demselben Zwecke eine dreitägige Frist, binnen welcher der Theilungsplan auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen ist, und ordnet die kontradiktorische Verhandlung am Terminstage an. Wie es sich nach der Civilprozeßordnung an diesem Tage entscheidet, ob eine Einigung herbeigeführt werden kann, oder ob eine gerichtliche Klage nothwendig wird und mit Aussicht auf Erfolg angestellt werden kann, so geschieht dies nach rheinischem Verfahren mit dem Ablaufe der in Art. 755 Code de proc. gewährten Frist zur Anmeldung der Einwendungen. Es kann daher bei entsprechender Anwendung des § 764 C. P. O. die Frist zur Klagerhebung erst von dem Ablaufe der durch Art. 755 Code de proc. bewilligten Monatsfrist berechnet werden. (R. G. 13. IV. 83.) R. C. IX. (91.) 317. 318.

§ 765. **§ 765.**

Die Klage ist bei dem Vertheilungsgericht und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, bei dem Landgerichte zu erheben, in dessen Bezirke das Vertheilungsgericht seinen Sitz hat.

Das Landgericht ist für sämmtliche Klagen zuständig, wenn seine Zuständigkeit nach dem Inhalte der erhobenen und in dem Termine nicht zur Erledigung gelangten Widersprüche auch nur in Betreff einer Klage begründet ist, sofern nicht die sämmtlichen betheiligten Gläubiger vereinbaren, daß das Vertheilungsgericht über alle Widersprüche entscheiden solle.

§ 757.

1. **Zuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten aus einem Vertheilungsverfahren.** Urtheil des O. L. G. zu Darmstadt vom 4. Mai 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 174 S. 242 f. S. hierüber bei § 757 Abs. 3.

2. **Die Anfechtungsklage des Konkursverwalters gegen ein Vollstreckungsverfahren ist dem Gemeinschuldner und dessen das Vollstreckungsverfahren betreibenden Gläubigern** (den Parteien des Vorprozesses) **gegenüber die im § 690 der R. C. P. O. vorgesehene Klage, nicht diejenige der §§ 710, 765 der R. C. P. O.** (R. G. 8. III. 81.) S. hierüber bei § 690 ad A. III. (121.) 427—431.

§ 766. **§ 766.**

In dem Urtheile, durch welches über einen erhobenen Widerspruch entschieden wird, ist zugleich zu bestimmen, an welche Gläubiger und in welchen Beträgen der streitige Theil der Masse auszuzahlen sei. Wird dies nicht für angemessen erachtet, so ist die Anfertigung eines neuen Plans und ein anderweites Vertheilungsverfahren in dem Urtheile anzuordnen.

Digitized by Google

Nach § 766 der Reichs-Civilprozeßordnung ist das Gericht zur Richtigstellung eines als unrichtig erkannten Vertheilungsplanes unter Bezeichnung der zum Empfange der streitigen Masse berechtigten Gläubiger ermächtigt, auch wenn im Rechtsstreite selbst nicht von allen betheiligten Gläubigern besondere Anträge über die Art der Massevertheilung gestellt worden waren. (B. O. L. 15. VI. 85.) S. XI. (64.) 168.

§ 767. § 767.

Das Versäumnißurtheil gegen einen widersprechenden Gläubiger ist dahin zu erlassen, daß der Widerspruch als zurückgenommen anzusehen sei.

§ 768. § 768.

Auf Grund des erlassenen Urtheils wird die Auszahlung oder das anderweite Vertheilungsverfahren von dem Vertheilungsgericht angeordnet.

Ger. K. G. § 42.

Dritter Abschnitt.

Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen.

1. Erwirkung der Herausgabe oder Leistung von Sachen.

§ 769. § 769.

Hat der Schuldner eine bewegliche Sache oder von bestimmten beweglichen Sachen eine Quantität herauszugeben, so sind dieselben von dem Gerichtsvollzieher ihm wegzunehmen und dem Gläubiger zu übergeben.

Wird die herauszugebende Sache nicht vorgefunden, so ist der Schuldner verpflichtet, auf Antrag des Gläubigers den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er die Sache nicht besitze, auch nicht wisse, wo die Sache sich befinde.

Das Gericht kann eine der Lage der Sache entsprechende Aenderung der vorstehenden Eidesnorm beschließen.

Zwangsvollstreckung in Absicht auf die Herausgabe eines Kindes. Der § 769 bezieht sich nur auf die Herausgabe beweglicher Sachen, die sich im Gewahrsam des Schuldners befinden. Ueberhaupt handelt es sich bei einer durch den Gerichtsvollzieher erfolgenden Zwangsvollstreckung immer um die Besitznahme einer körperlichen Sache oder wenigstens darum, den Schuldner aus dem Besitz einer körperlichen Sache zu setzen (§ 771). Der Begriff des Gewahrsams (Detention) trifft nur bei Sachen zu und nicht bei Personen. Unselbständige Personen befinden sich wohl in der Gewalt (potestas) oder Aufsicht einer anderen Person, nicht aber in der Detention derselben. Einen Besitz der Mutter an ihren Kindern kennt auch das römische Recht nicht; und die Auffassung des Verhältnisses zwischen Vater und Kind ist, was die persönliche Seite betrifft, bei uns eine wesentlich andere, als im ursprünglichen römischen Recht. Die Aufgabe des Gerichtsvollziehers, dessen selbständige Prüfung und Beurtheilung mit Rücksicht auf den Bildungsgrad der Kreise, dem er gewöhnlich entnommen wird, anderen Gesetzgebungen gegenüber erheblich eingeschränkt wurde (Motive zum Ger.-Ver.-Ges., Kortkampf'sche Ausgabe, S. 89), besteht im Fall des § 769 in Wegnahme der Sache aus dem Gewahrsam des Schuldners und im Uebergeben derselben an den Gläubiger. Der

Digitized by Google

Gerichtsvollzieher handelt hierbei als Beauftragter des Gläubigers, für den er die Detention ergreift. Es setzt dies voraus, daß es sich um ein Objekt handelt, hinsichtlich dessen die Ausübung durch einen beliebigen Dritten möglich ist. Die Eltern können aber die ihnen zukommende Aufsicht und Gewalt über ihre Kinder nicht beliebig durch Dritte ausüben lassen, sondern sie sind hierbei beschränkt durch das Interesse des Kindes und die Rechte des andern Gatten. Es kann insbesondere der Mutter, welcher das Erziehungsrecht zugesprochen ist, nicht zugemuthet werden, das Kind einer dritten Person anzuvertrauen, wie dem Gerichtsvollzieher, und ebensowenig dem Vater, das Kind einer anderen Person als der Mutter zu lassen. Es kann dahingestellt bleiben, ob in der Pflicht zur Herausgabe des Kindes von Seiten des einen Ehegatten an den andern die Pflicht zur Vornahme einer Handlung, oder die Verpflichtung zu finden ist, zu dulden, daß der berechtigte Ehegatte sich in das räumliche Verhältniß und die persönliche Beziehung zu dem Kinde setze, wie dies zur Ausübung des ihm zugesprochenen Rechts nothwendig ist (in welch letzterem Fall der Berechtigte nach § 777, wenn der Schuldner Widerstand leistet, zur Beseitigung des Widerstands dem Gerichtsvollzieher zuziehen könnte). Keinesfalls liegt darin die Pflicht, das Kind einer dritten Person zu übergeben, wie auch andererseits dem berechtigten Gatten nicht zugemuthet werden kann, das Kind durch den Gerichtsvollzieher wegnehmen und sich übergeben zu lassen. Für eine analoge Anwendung des § 769 liegen weder dieselben Zweckmäßigkeitsgründe vor, noch ist bei der auch im Rechtsleben begrifflich verschiedenen Natur der Sachen und der Personen das juristische Motiv, welches dem § 769 zu Grunde liegt, anwendbar auf die Herausgabe von Kindern. Allerdings hat nun in der Reichstagskommission (Prot. S. 414) auf eine Anfrage des Abgeordneten Thilo, ob die Fälle, wo ein Urtheil auf Herausgabe von Personen erlassen sei, z. B. auf Ueberlassung von Kindern an einen Ehegatten, unter § 769 zu subsumiren seien, oder nach welchen Regeln sie zu behandeln seien, der Vertreter der Bundesregierungen, ohne Widerspruch zu erfahren, erwiedert „die Vorschriften des § 769 finden auf den vom Fragesteller konstruirten Fall analoge Anwendung". Und im offenbaren Anschluß hieran besagt der § 96 der preußischen Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher und der § 98 der württembergischen Dienstanweisung für dieselben: „Bei der auf Herausgabe eines Kindes oder einer anderen unselbständigen Person gerichteten Zwangsvollstreckung hat der Gerichtsvollzieher unter entsprechender Anwendung der Vorschriften zu verfahren, welche für die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe beweglicher Sachen ertheilt sind." Allein diese gelegentliche Bemerkung innerhalb der Kommission, deren Bedeutung nur thatsächlicher Natur ist, kann nach dem Ausgeführten eine analoge Anwendung des § 769 nicht rechtfertigen. Daß der Bundesrath und der Reichstag dieser Auffassung zugestimmt haben, ist nicht zu ersehen. Jedenfalls hat dieselbe im Gesetz keinen Stützpunkt. Auch die Literatur hat sich nicht durchweg für diese Auffassung ausgesprochen. (Vgl. Endemann, Komm. Bd. 3 S. 304; Wilmowsky-Levy, Komm. S. 891, 901.) Entsch. des O. L. G. zu Stuttgart vom 4. März 1881. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 289 S. 371. 372. Sh. noch S. 1063 Ziff. 4.

Digitized by Google

§ 770.

§ 770.

Hat der Schuldner eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zu leisten, so findet die Vorschrift des § 769 Abs. 1 entsprechende Anwendung.

H. G. B. Art. 338.

§ 771.

§ 771.

Hat der Schuldner eine unbewegliche Sache oder ein bewohntes Schiff herauszugeben, zu überlassen oder zu räumen, so hat der Gerichtsvollzieher den Schuldner aus dem Besitze zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen.

H. G. B. Art. 432 ff.

Bewegliche Sachen, welche nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sind, werden von dem Gerichtsvollzieher weggeschafft und dem Schuldner oder, wenn dieser abwesend ist, einem Bevollmächtigten desselben oder einer zur Familie des Schuldners gehörigen oder in dieser Familie dienenden erwachsenen Person übergeben oder zur Verfügung gestellt.

Ist weder der Schuldner noch eine der bezeichneten Personen anwesend, so hat der Gerichtsvollzieher die Sachen auf Kosten des Schuldners in das Pfandlokal zu schaffen oder anderweit in Verwahrung zu bringen.

Verzögert der Schuldner die Abforderung, so kann das Vollstreckungsgericht den Verkauf der Sachen und die Hinterlegung des Erlöses anordnen.

Ger. K. G. § 35 Nr. 3.

§ 772.

§ 772.

Befindet sich eine herauszugebende Sache im Gewahrsam eines Dritten, so ist dem Gläubiger auf dessen Antrag der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache nach den Vorschriften zu überweisen, welche die Pfändung einer Geldforderung betreffen.

§§ 736 ff. Ger. K. G. § 35 Nr. 3.

1. Der § 772 bestimmt, daß wenn sich eine herauszugebende Sache im Gewahrsam eines Dritten befindet, dem Gläubiger auf dessen Antrag der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache und zwar nach den Vorschriften zu überweisen sei, welche die Pfändung einer Geldforderung betreffen. Es kommt hierzu noch zu bemerken, daß, wie von den Kommentatoren der C. P. O. wohl allgemein anerkannt ist, die Fassung des § 772 der C. P. O. insofern unvollständig erscheint, als, nachdem die Pfändung von der Ueberweisung getrennt wurde, auch auf die Vorschriften über letztere Bezug zu nehmen gewesen wäre, so daß als für die Anwendung des § 772 das. maßgebend die Vorschriften zu bezeichnen sind, welche die Pfändung und Ueberweisung einer Geldforderung betreffen. Wenn es nun auch richtig ist, daß die eine angeordnete Herausgabe einer Sache „nicht Vollstreckungsmittel, sondern Vollstreckungszweck", d. h. nicht Mittel zur Befriedigung eines anderen Rechtsanspruches, sondern Objekt des erstrittenen und durch die Vollstreckung zu erreichenden Rechtsanspruches selbst sei, so darf doch deßhalb nicht außer Acht gelassen werden, daß die Vollstreckung, welche gegen einen dritten Inhaber der Sache gerichtet ist, nicht ohne weiteres mit der gegen den Schuldner selbst gerichteten gleich behandelt werden darf, sondern daß sich solche auch hier nach den Vorschriften über die Pfändung von Geldforderungen, also nach Analogie der Vollstreckung gegen einen Drittschuldner zu richten hat. **In erster Linie kann nicht die Sache selbst, sondern nur der Anspruch, welchen der Schuldner auf Herausgabe der Sache gegen den dritten Besitzer hat, überwiesen werden.** Da ferner der dem Gläubiger gegen seinen Schuldner zustehende vollstreckbare Titel nicht auch gegen den Drittbesitzer wirkt und der Anspruch des Schuldners

Digitized by Google

gegen den Dritten, welcher die Sache im Gewahrsam hat, regelmäßig kein vollstreckbarer sein wird, so ist auch eine sofortige Zwangsvollstreckung gegen den Dritten nicht zulässig. Wenn daher nicht ausnahmsweise, wie in den Fällen der §§ 73 Abs. 4, 655 der C. P. O. die unmittelbare Zwangsvollstreckung zulässig ist, kann die Sache, welche den Gegenstand des Urtheils bildet, in dem fremden Gewahrsam, in welchen die Zwangsvollstreckung nicht ohne weiteres eindringen darf, nur mittelst Pfändung des Anspruches auf Herausgabe erreicht werden. **Das Verfahren im Sinne des § 772 der C. P. O. gestaltet sich hiernach derart, daß, wenn der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache überwiesen ist, diese Verfügung zu sofortiger Erlangung der überwiesenen Sache nur dann führen kann, wenn sich der Dritte zur Herausgabe der Sache bereit erklärt, in welchem Falle die Sache sofort dem Gläubiger zu übergeben ist. Weigert sich aber der Dritte, die in seinem Gewahrsam befindliche Sache herauszugeben, so muß der Gläubiger, dem ein vollstreckbarer Titel gegen den Besitzer der Sache nicht zusteht, den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache pfänden und wenn ihm derselbe zur Einziehung überwiesen ist, gegen den Dritten Klage erheben.** — Daß die Pfändung der Einziehung voranzugehen hat, ergibt sich aus der Vergleichung mit den gemäß § 772 anzuwendenden §§ 730, 736 der C. P. O., daß, wenn der Drittbesitzer den dem Gläubiger überwiesenen Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache nicht anerkennt, nur der Weg der Klagestellung erübrigt, aus der Vergleichung mit §§ 739, 740 der C. P. O., durchweg Vorschriften über Pfändung von Geldforderungen, nach welchen gemäß § 772 der C. P. O. der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache zu überweisen ist. (Daß der Gerichtsvollzieher zu einer zwangsweisen Vollstreckung nicht ermächtigt ist, ergibt sich auch aus § 60 der Bekanntmachung des kgl. bayerischen Staatsministeriums der Justiz vom 30. September 1879, betr. die Ausführung der Zwangsvollstreckung und einiger anderer Geschäfte durch die Gerichtsvollzieher (Just.-Minist.-Bl. 1879 S. 1494 ff.), indem dort mit Rücksicht auf die Forderungen, welche die „Herausgabe oder Leistung beweglicher körperlicher Sachen zum Gegenstande haben", und unter Hinweis auf §§ 745, 746 der C. P. O. in Abs. 3 gesagt wird: „Eine Zwangsvollstreckung gegen den Drittschuldner auf Herausgabe der Sache findet auf Grund des Schuldtitels, vermöge dessen die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner vorgenommen wird und des die Herausgabe an den Gerichtsvollzieher anordnenden Beschlusses nicht statt. Der Gerichtsvollzieher hat daher, wenn der Drittschuldner die Herausgabe verweigert, lediglich ein Protokoll über die Verweigerung der Herausgabe aufzunehmen und dem Gläubiger zu überlassen, gegen den Drittschuldner Klage zu führen.) (R. G. 8. XI. 86.) R. A. VIII. (283.) 689—691.

2. Der § 772 enthält in Beziehung auf die Frage, in welcher Weise, insbesondere wie speziell die gerichtliche Ueberweisung von Ansprüchen auf Herausgabe von Sachen zu geschehen habe, und welcher Rechtseffekt derartigen Ueberweisungen im Verhältniß zu etwaigen Accessorien und Zubehörungen der herauszugebenden Sache zukomme, keine neuen selbständige Dispositionen, sondern nur eine allgemeine Verweisung auf die die Pfändung von Geldforderungen betreffenden Bestimmungen in

Digitized by Google

§ 729 ff. der C. P. O. Von diesen in § 772 in Bezug genommenen Bestimmungen sind es aber insbesondere die des § 737, in welchen die Frage: „**ob es bei erfolgter gerichtlicher Ueberweisung einer gepfändeten Geldforderung zur Verfolgung der darüber lautenden Schuldurkunde gegen einen Dritten noch einer besonderen Ueberweisung bedürfe, oder ob die gerichtsseitig stattgehabte Ueberweisung einer gepfändeten Geldforderung eine Ueberweisung des Anspruchs auf Herausgabe der über jene aufgenommenen Urkunde eo ipso in sich schließe, ihre völlig zureichende Lösung findet.** Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig vom 27. Mai 1884. S. A. Bd. 41 bezw. 11 (317.) 469. 470. S. hierüber noch bei § 737 eodem.

2. Erwirkung von Handlungen.

§ 773.

§ 773.

Erfüllt der Schuldner die Verpflichtung nicht, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, so ist der Gläubiger von dem Prozeßgericht erster Instanz auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen.

Der Gläubiger kann zugleich beantragen, den Schuldner zur Vorauszahlung der Kosten zu verurtheilen, welche durch die Vornahme der Handlung entstehen werden, unbeschadet des Rechts auf eine Nachforderung, wenn die Vornahme der Handlung einen größeren Kostenaufwand verursacht.

Auf die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe oder Leistung von Sachen finden die vorstehenden Bestimmungen keine Anwendung.

§§ 779 Abs. 1, 770. Ger. K. G. § 27 Nr. 2. R. A. G. O. § 33.

1. Aus den §§ 773 und 776 in Verbindung mit § 701 C. P. O. geht hervor, daß über einen solchen, lediglich den Vollzug eines rechtskräftigen Urtheiles bezweckenden Antrag, obgleich im § 773 das Wort „verurtheilen" gebraucht ist, **nicht durch Urtheil, sondern durch Beschluß zu entscheiden** ist, welcher nicht mit Berufung, sondern nur mit der Beschwerde angefochten werden kann. (R. G. 14. VI. 87.) R. C. XVIII. (76.) 356. 360.

2. Der § 774 R. C. P. O. bezieht sich nur auf die Vollstreckung von Handlungen, welche nicht durch einen Dritten (im Gegensatze zum Schuldner), sondern wegen ihrer individuellen, persönlichen Natur nur durch den Schuldner selbst vorgenommen werde können, wie Rechnungslegung, Ableistung des Offenbarungseides oder Fortsetzung der Ehe. Der § 773 a. a. O. dagegen hat die Vollstreckung aller übrigen Handlungen zum Gegenstande, deren Vornahme nicht bloß durch den Schuldner, sondern ebenso durch einen Dritten, namentlich auch durch den die Vollstreckung betreibenden Gläubiger erfolgen kann, mit anderen Worten der vertretbaren Handlungen. Zu den letzteren gehört auch die **Befreiung eines Bürgen oder eines andern Schuldners, insbesondere durch Befriedigung des Gläubigers**; denn, um dieselbe herbeizuführen, bedarf es nicht der Einwilligung des Schuldners, vielmehr kann auch gegen dessen Willen die Tilgung seiner Schuld durch jeden Dritten vorgenommen werden. (R. G. 14. IX. 87.) R. C. XVIII. (102.) 435. 436.

3. **Die Geldsumme, welche jemand im Wege des Zwangsvollstreckungsverfahrens von seinem Prozeßgegner zum Zwecke der Vornahme einer dem letzteren durch gerichtliches Urtheil auferlegten Handlung erlangt hat, ist nicht als eine für den Empfänger fremde Sache zu betrachten.** Wenn

Digitized by Google

auch im Falle der Verurtheilung zur Vornahme einer Handlung der hierdurch entstandene Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner an sich nur auf die Erfüllung jener dem Schuldner auferlegten Verpflichtung, nicht aber auf die Bezahlung einer Geldsumme gerichtet ist, so tritt doch im Falle des § 773 C. P. O. eine Aenderung der Sachlage ein. Während nach dem Inhalte des gerichtlichen Urtheiles der Schuldner nicht bloß die Pflicht, sondern auch das Recht hat, die ihm auferlegte Handlung selbst vorzunehmen, geht durch einen in Gemäßheit des § 773 Abs. 1 ergangenen Beschluß des Prozeßgerichtes jenes Recht auf den Gläubiger über; nunmehr ist der letztere berechtigt, die Handlung auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen und den Ersatz der aufgewendeten Kosten zu verlangen. In dem Falle, wenn durch den Beschluß des Prozeßgerichtes, dem Antrage des Gläubigers entsprechend, auf Grund des § 773 Abs. 2 a. a. O. die Verurtheilung des Schuldners zur Vorausbezahlung der durch die Vornahme der Handlung entstehenden Kosten erfolgt, erwirkt hierdurch der Gläubiger eine schon vor der Vornahme der Handlung fällige Geldforderung. Die dem Schuldner auferlegte „Vorausbezahlung" der betreffenden Geldsumme stellt sich als eine antizipirte Zahlung dar. Durch die Leistung dieser Zahlung wird der Gläubiger Eigenthümer der gezahlten Geldsumme. Derselbe handelt sonach bei der Verwendung dieser Summe nicht als Stellvertreter des Schuldners, sondern er macht von seinem Rechte als Eigenthümer Gebrauch. Allerdings soll das Geld zur Bestreitung der Kosten dienen, welche durch die Vornahme der in Betracht kommenden Handlung verursacht werden, und es ist gegen den Schuldner eine Nachforderung begründet, wenn ein größerer Kostenaufwand entsteht, wie auch offenbar der Schuldner berechtigt ist, den etwa nach der Vornahme der Handlung übrig bleibenden Rest der vorausbezahlten Summe zu fordern, allein diese Gesichtspunkte lassen sich nicht zur Begründung der Annahme verwerthen, daß die vorausbezahlte Geldsumme im Eigenthume des Schuldners geblieben sei; es handelt sich vielmehr in diesen Richtungen nur um persönliche Rechte und Verpflichtungen, welche nach dem Uebergange des Eigenthumes an der gezahlten Geldsumme auf den Gläubiger in Betracht kommen können. (R. G. 17. X. 83.) R. St. IX. (86.) 277. 278.

4. Nach dem von der Reichstags-Kommission dem alleg. § 773 zugefügten Abs. 3 ist es nicht zweifelhaft, daß die Herausgabe von Sachen an und für sich eine Handlung ist, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann. **Die Herausgabe des Kindes** besteht aber in keiner anderen Handlung, als die Herausgabe von Sachen und namentlich hängt sie so wenig wie diese ausschließlich von dem Willen des Schuldners ab. Daß die Bestimmungen der Abs. 1 und 2 auf die letztere keine Anwendung leiden sollen, hat nur darin seinen Grund, daß hierfür in § 769—772 spezielle Vorschriften gegeben sind, während dies für die Herausgabe eines Kindes nicht der Fall ist, für diese mithin die Bestimmungen der Abs. 1 und 2 gelten. Beschluß des O. L. G. zu Darmstadt vom 14. Mai 1881. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 195 S. 252. 253. Sh. noch S. 1058.

§ 774. **§ 774.**

Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem

Digitized by Google

Prozeßgericht erster Instanz zu erkennen, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafen bis zum Gesammtbetrage von fünfzehnhundert Mark oder durch Haft anzuhalten sei.

Diese Bestimmung kommt im Falle der Verurtheilung zur Eingehung einer Ehe nicht und im Falle der Verurtheilung zur Herstellung des ehelichen Lebens nur insoweit zur Anwendung, als die Landesgesetze die Erzwingung der Herstellung des ehelichen Lebens für zulässig erklären.

Einf. G. § 16 Nr. 3. Seemannsordnung v. 27./12. 72 § 29. St. G. B. § 29. C. P. O. §§ 785—794.

1. **Die in dem dritten Abschnitte des ersten Buches, in den §§ 773 ff. C. P. O. enthaltenen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen beziehen sich nur auf die auf ein Handeln oder Unterlassen, bezw. Dulden (facere oder non facere) gerichteten Verpflichtungen. Eine solche steht aber nicht in Frage, wo es sich um die Erfüllung eines unter den Parteien abgeschlossenen Kauf- oder Lieferungsvertrages, insbesondere um die Erfüllung einer dem Käufer obliegenden Verpflichtung handelt.** (R. G. 8. XII. 82.) R. C. VIII. (100.) 355.

2. **Abs. 1.** Der § 774 Abs. 1 C. P. O. bestimmt: „Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozeßgerichte erster Instanz zu erkennen, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafen bis zum Gesammtbetrage von fünfzehnhundert Mark oder durch Haft anzuhalten sei." Aus der Entstehungsgeschichte dieser gesetzlichen Bestimmung, namentlich aus dem Inhalte: 1) des § 1055 des Entwurfes einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Norddeutschen Bund, in Verbindung mit dem Protokolle über die 121. Sitzung der Kommission zur Ausarbeitung einer Civilprozeßordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes, S. 2063 der Protokolle, 2) des § 695 des preußischen Entwurfes einer deutschen Civilprozeßordnung von 1871 und der Begründung zu den §§ 694 bis 697. 699 S. 479. 480, 3) des § 707 des Entwurfes einer deutschen Civilprozeßordnung von 1872, in Verknüpfung mit der Begründung desselben zu den §§ 706—709. 712 S. 574. 575, 4) dem § 720 des Entwurfes einer Civilprozeßordnung von 1874 und der Begründung zu den §§ 719—722. 725 S. 442. 443 geht hervor, daß der Gesetzgeber davon ausgeht, es sei insbesondere im Falle des Urtheiles auf Auskunftsertheilung bezw. Rechnungslegung unerträglich, daß der (vielleicht vermögenslose) Schuldner sich durch Renitenz der Erfüllung des Judikates entziehen könne, und daß in der Civilprozeßordnung die Haft als Zwangsmittel vorzugsweise im Hinblicke auf solche Leistungen eingeführt ist, um zu verhindern, daß die Verpflichtung zu denselben praktisch bedeutungslos werde. **Dem Antrage auf Vollstreckung des Zwanges zur Auskunftsertheilung oder Rechnungslegung durch Haft ist im Sinne des Gesetzes Folge zu geben, falls nicht erhellt, daß die Leistung im konkreten Falle nicht ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhänge. Dabei ist lediglich die zur Zeit der Zwangsvollstreckung thatsächlich in dieser Beziehung bestehende Lage des Schuldners entscheidend, ohne Rücksicht darauf, ob die Unmöglichkeit, die Leistung ausschließlich durch eigenen Willen zu verwirklichen, auf einem schuldhaften ursachlichen Verhalten des Schuldners**

Digitized by Google

beruht oder nicht. Hat z. B. der Beklagte die Führung von Handelsbüchern unterlassen, so hat er die Folgen einer solchen schuldhaften Unterlassung nicht zu tragen. Bei der Entscheidung darüber, ob derselbe zur Rechnungslegung verpflichtet ist, ist dieser Gesichtspunkt zutreffend; dagegen ist er in dem Falle des § 774 C. P. O. verfehlt, in welchem es sich lediglich darum handelt, ob zur Zeit der Zwangsvollstreckung die zu erzwingende Handlung thatsächlich ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhänge oder nicht. (R. G. 1. XI. 82.) R. C. VIII. (92.) 336. 337.

3. **Wenn § 774 nicht nahezu werthlos sein soll, so muß derselbe auch auf solche Handlungen bezogen werden, zu deren Ausführung zwar außer dem Willen des Schuldners noch besondere Mittel erforderlich sind, der Schuldner aber diese Mittel besitzt oder dieselben sich verschaffen kann.** (Struckmann und Koch, Kommentar zu § 774.) Will der Schuldner bestreiten, daß ihm die besonderen, zur Vornahme einer ihm aufgegebenen Handlung erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, so ist es seine Sache, diese Frage durch Einwendungen gegen den gestellten Antrag zum Gegenstande richterlicher Entscheidung zu machen. (B. O. L. 7. XII. 82.) S. IX. (258.) 768.

4. Für den Fall, daß der Schuldner zu einer Handlung verurtheilt worden ist, welche durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann, ist **die Zwangsvollstreckung in § 774 C. P. O. nur** für **zulässig** erklärt worden, **wenn die Handlung ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt.** (R. G. 3. X. 83.) R. C. X. (48.) 178.

5. **Die Worte „wenn die Handlung ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt" im § 774 der R. C. P. O. sind dahin zu verstehen, daß die Handlung und die Herbeischaffung der zur Leistung derselben erforderlichen Mittel von der eigenen Willensentschließung des Verpflichteten und von einer dieser Willensbestimmung gemäß aufgewendeten Thätigkeit ausschließlich, d. h. unbehindert durch äußere reale Umstände, abhängig sind.** (R. G. 7. IV. 83.) A. VII. (178.) 579. 580.

6. **Die Vorschrift des § 774 setzt ihrem klaren Wortlaute nach voraus, daß eine geschuldete, nicht vertretbare Handlung thatsächlich allein von dem Willen des Schuldners abhängig ist;** sie versagt aber, sobald es sich entweder um die Herausgabe von Sachen handelt oder zur Vornahme der betreffenden Handlung noch weitere Mittel, insbesondere die Beschaffung von Geldmitteln, Pfändern oder Bürgen gehören. (R. G. 2. IX. 84.) R. C. XIII. (84.) 339—341.

7. **Der Schuldner kann nicht zur Ausübung des ihm zustehenden Wahlrechtes durch Geldstrafen oder Haft in Gemäßheit der Vorschriften in § 774 C. P. O. angehalten werden.** Handelt es sich z. B. um Bezahlung eines Kaufpreises für vom Kläger gelieferte, vom Beklagten noch nicht abgenommene Waaren, wozu letzterer rechtskräftig verurtheilt ist, so bilden die etwa über den Zahlungsmodus und über das dem Beklagten bezüglich des Ortes der Lieferung der Waare zustehende Wahlrecht getroffenen Bestimmungen integrirende Theile des unter den Parteien abgeschlossenen Kaufvertrages, nicht selbständig für sich bestehende Verpflichtungen des Beklagten zu einem Handeln, welches, wenn es auch ausschließlich von dem Willen des Beklagten abhängt, von dem Kläger durch direkten Zwang,

Digitized by Google

Geldstrafe oder Haft, erzwungen werden könnte. Daraus, daß hier die Ausübung des Wahlrechtes durch den Beklagten präjudiziell ist für die Verladung der Waare und den Abschluß des Frachtvertrages folgt keineswegs, daß der Kläger dem Beklagten zur Ausübung der letzteren zustehenden Rechtes durch Strafen anhalten kann. Denn der Kläger hat kein erzwingbares Recht auf Ausübung des Wahlrechtes durch den Beklagten, sondern nur auf Zahlung des Kaufpreises, und es kommen, wenn der Beklagte das ihm zustehende Wahlrecht nicht ausüben will, die allgemeinen Grundsätze über den Verlust des Wahlrechtes im Falle der Säumigkeit des Berechtigten zur Anwendung und es kann die Zwangsvollstreckung nur auf Beitreibung der dem Kläger rechtskräftig zuerkannten Geldforderung gerichtet werden. (R. G. 8. XII. 82.) R. C. VIII. (100.) 355. 356.

8. **Der Schuldner ist bei einer alternativen Verbindlichkeit nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet, zu wählen, denn es ist nicht unbestimmt, ob überhaupt von ihm etwas geleistet werden soll, sondern nur, was geleistet werden soll, und das letztere soll durch den Schuldner bestimmt werden. Spätestens in der Exekutionsinstanz muß aber das Objekt der Leistung feststehen, und wenn daher der rechtskräftig verurtheilte Schuldner auch noch nach Zustellung des Urtheiles die Vornahme der ihm zustehenden Wahl und die ihm obliegende Leistung verweigert, es zur Exekution kommen läßt, so verliert er zu Gunsten des Gläubigers das Wahlrecht.** (Vgl. l. 11 § 1 Dig. de leg. II. 31; Wächter a. a. O.; Windscheid a. a. O.; v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik ꝛc. Bd. 3 S. 30; Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen ꝛc. § 7 S. 67 ff.) — (R. G. 21. X. 84.) R. C. XII. (46.) 187.

9. **Der § 774 Abs. 1 der C. P. O. gestattet nach Erschöpfung der zulässigen Geldstrafen zu erkennen, daß der Schuldner durch Haft zur Vornahme der ihm obliegenden Handlung anzuhalten sei.** Aus dem Wortlaute der Bestimmung des § 774 C. P. O.: „so ist — auf Antrag — zu erkennen, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafen bis zum Gesammtbetrage von 1500 M. oder durch Haft anzuhalten sei", kann man nur entnehmen, daß zwar einerseits ein und dasselbe Erkenntniß nur das eine oder das andere Zwangsmittel in Anwendung bringen darf, daß aber andererseits die gestellte Alternative für jedes auf Grund dieses Paragraphen abzugebende Erkenntniß offen steht. Die wiederholte Anwendung von Zwangsmitteln ist, so lange der beabsichtigte Erfolg noch nicht erreicht ist, an sich nicht unzulässig, und daß auch der § 774 sich den Fall eines wiederholten Antrages und Erkennens vor Augen gehalten hat, ergibt sich aus seinen Worten: „Geldstrafen bis zum Gesammtbetrage". Eine Schranke ist der alternativen Anwendbarkeit der beiden Zwangsmittel für jeden Fall des „auf Antrag Erkennens" nur dadurch vorgeschrieben worden, daß die Geldstrafen insgesammt nicht über 1500 M. betragen dürfen, und daß die Haft nach § 794 überhaupt nicht die Dauer von sechs Monaten übersteigen darf. Solange und soweit die bereits aufgeführten Zwangsmittel innerhalb dieser Schranke noch Raum gelassen haben, ist die weitere Beantragung und Anwendung des Zwanges gestattet. Sind die Geldstrafen erschöpft, so folgt daraus nur, daß die Alternative in dieser Richtung nicht mehr zur Anwendung kommen kann;

Digitized by Google

die nunmehrige Anwendung des Zwangsmittels der Haft ist hierdurch nicht behindert. Diese Auslegung des § 774 findet auch darin eine Unterstützung, daß alle früheren Landesgesetze, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren als indirekte Zwangsmittel sowohl Geldstrafen als auch Haft (Gefängniß) in Anwendung kommen ließen, die successive Anwendung beider Zwangsmittel gestatteten, vgl. hannover'sche bürgerliche Prozeßordnung § 549; bayerische Prozeßordnung Artt. 863. 864; württembergisches Gesetz vom 15. April 1825 Artt. 26. 27; mecklenburgische Exekutionsordnung §§ 36. 37, und daß die Motive zum § 774 C. P. O. (§ 720 des Entwurfes) bei Anführung dieser Gesetze den Bestimmungen derselben nur insofern entgegentraten, als einige von ihnen die Anwendung der Haft erst nach Anwendung der Geldstrafen zuließen. Außerdem empfiehlt sich diese Auslegung auch aus inneren Gründen. Sie gewährt dem urtheilsmäßigen Rechte des Gläubigers den umfassenderen Schutz und sie erspart ihm die unnöthige Zwangslage, entweder sofort auf die Verhängung der Haft bestehen oder von vornherein auf die Anwendung dieses Zwangsmittels verzichten zu müssen. (R. G. 22. V. 82.) R. C. VII. (109.) 358—360. A. VI. (32.) 146. 147.

10. **Darüber, ob auf die Erzwingung einer Kontraktsverrichtung § 774 oder § 779 der C. P. O. Anwendung findet, s. § 779.** Urtheil des O. L. G. zu Kiel vom 17. Dezember 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 278 S. 378.

3. Erwirkung von Duldungen und Unterlassungen.

§ 775. **§ 775.**

Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozeßgericht erster Instanz zu einer Geldstrafe bis zu fünfzehnhundert Mark oder zur Strafe der Haft bis zu sechs Monaten zu verurtheilen. Das Maß der Gesammtstrafe darf zwei Jahre Haft nicht übersteigen.

Der Verurtheilung muß eine Strafandrohung vorausgehen, welche, wenn sie in dem die Verpflichtung aussprechenden Urtheile nicht enthalten ist, auf Antrag von dem Prozeßgericht erster Instanz erlassen wird.

Auch kann der Schuldner auf Antrag des Gläubigers zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlung entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurtheilt werden.

§ 777. St. G. B. § 74.

1. **Ueber den Begriff einer Unterlassung im Sinne des § 775 f.** (R. G. 2. VIII. 85.) U. u. A. III. (133.) 292.

2. **Aus dem Begriffe der negatorischen Klage und der Eigenthumsstörung folgt nicht von selbst die Anwendbarkeit des § 775 der C. P. O.** Es kommt vielmehr auf die Natur der Eigenthumsstörung und der zur Beseitigung derselben in dem verurtheilenden Erkenntnisse festgesetzten Verbindlichkeit an. (R. G. 2. VIII. 85.) U. u. A. III. (133.) 292.

3. Ein die negatorische Klage begründender Eingriff in das Eigenthum braucht nicht nothwendig in einem Handeln Dessen, gegen den die Klage stattfindet, zu bestehen. Auch das Dulden eines das Eigenthum des Klägers beeinträchtigenden Zustandes seitens des Beklagten kann die Klage begründen. Und in einem solchen Falle, wenn es sich nämlich darum handelt, einen bestehenden Zustand entweder zu beseitigen oder ihn zu einem dem Eigenthume des Klägers unschädlichen zu machen, stellt sich

Digitized by Google

die Verbindlichkeit des Eigenthumsstörers nicht als eine Verpflichtung zur Unterlassung einer Handlung, sondern als eine Verpflichtung zu positivem Handeln dar. **Aus dem Begriffe der negatorischen Klage und der Eigenthumsstörung folgt also nicht von selbst die Anwendbarkeit des § 775 C. P. O. Es kommt vielmehr auf die Natur der Eigenthumsstörung und der zur Beseitigung derselben in dem verurtheilenden Erkenntnisse festgesetzten Verbindlichkeit an.** (R. G. 24. VIII. 85.) R. C. XV. (90.) 344.

4. **Zwangsvollstreckung bezüglich der in einem gerichtlichen Vergleich festgesetzten Geldstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung.** Das durch die C. P. O. gewährte Zwangsmittel, welches Platz greift, wenn der Schuldner zur Unterlassung einer Handlung verpflichtet ist, besteht nach § 775 Abs. 2 in der Androhung einer Geld- oder Freiheitsstrafe, welche, wenn sie nicht in dem die Verpflichtung aussprechenden Urtheil enthalten ist, auf Antrag des Gläubigers vom Prozeßgericht 1. Instanz mittels besonderen Beschlusses erlassen wird. (Seuffert, Kommentar 3. Aufl. S. 847; Reincke, Komm. S. 678.) Durch eine Vereinbarung der Parteien kann jene Androhung der Natur der Sache nach nicht herbeigeführt werden; denn sie bildet eine zur Abwendung von Rechtsverletzungen bestimmte Maßregel, die in der Justizhoheit der Staatsgewalt ihren Grund hat und sonach begrifflich nur von denjenigen Organen ausgehen kann, durch welche der Staat den zur Wiederherstellung verletzter Privatrechte erforderlichen Zwang ausübt. Damit steht es im Einklange, wenn im § 775 Abs. 2 zwar die Möglichkeit statuirt ist, die Strafandrohung in das die Verpflichtung aussprechende Urtheil aufzunehmen, nicht aber die Möglichkeit, sie ohne besonderen Gerichtsbeschluß einem Prozeßvergleich zu inseriren, der seinem Begriff nach einen bloßen Dispositionsakt der Parteien über das streitige Rechtsverhältniß bildet. Beschluß des O. L. G. zu Dresden vom 19. Januar 1887. Annalen desselben Bd. 8 S. 286 ff. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 341 S. 483. 484.

5. Die im § 775 Abs. 3 der Civilprozeßordnung vorgesehene Auflage an den Schuldner, für den durch fernere Zuwiderhandlung gegen richterliches Gebot entstehenden Schaden des Gläubigers Sicherheit zu leisten, wird zwar in der Regel einem Arreste innerlich verwandt sein und der Wirkung nach ihm gleichkommen. Immerhin hat aber **die Anfechtung eines solchen Beschlusses nicht nach Anleitung des § 804 a. a. O. mittelst Widerspruchs, sondern durch sofortige Beschwerde zu geschehen,** wie sich aus folgenden Erwägungen ergibt: Abs. 3 des § 775 der Civilprozeßordnung war im Entwurfe des Gesetzes (§ 721) ursprünglich nicht enthalten, weil hierbei die Ansicht bestimmend gewesen ist, es reichten für die Verbindlichkeit zur Bestellung einer Sicherheit des zu einer Unterlassung Verpflichteten die Vorschriften über den Arrest und die einstweiligen Verfügungen aus, um in dieser Hinsicht ein etwa vorhandenes Bedürfniß zu befriedigen. (Hahn, Materialien zur Civilprozeßordnung Abth. I S. 467; Motive zum Gesetzentwurf S. 444.) In der zur Berathung des Gesetzentwurfes niedergesetzten Reichstagskommission beantragte jedoch der Abgeordnete Struckmann die ausdrückliche Beifügung eines Zusatzes zu § 775, wie solchen Abs. 3 enthält, mit der Motivirung, es seien Arrest oder einstweilige Verfügung als Sicherungsmittel nicht immer ausreichend und jedenfalls weitläufiger, als wenn man dem Gläubiger

Digitized by Google

gestatte, im Exekutionsverfahren Sicherheitsleistung zu fordern. Der Antrag Struckmann's hat auch die Zustimmung der Kommission gefunden, weßhalb die Vorbescheidung eines auf § 775 Abs. 3 a. a. O. sich stützenden Parteigesuches als eine im Zwangsvollstreckungsverfahren selbst ergangene richterliche Entscheidung sich darstellt. Diese Auffassung erhielt auch durch die Aufnahme der gedachten Bestimmung in den 3. Abschnitt des 8. Buches der Civilprozeßordnung eine unverkennbare Bestätigung. (Hahn a. a. O. Abth. I S. 862 und Abth. II S. 1155; Kommissions-Protokolle S. 415 und 719.) In Folge dessen ist die Anfechtung einer auf § 775 bezüglichen Entscheidung nach einheitlichen prozeßrechtlichen Grundsätzen zu behandeln, und hat in Bezug auf Abs. 3 dieser Gesetzesvorschrift keine Abweichung einzutreten. Der § 776 ordnet nur an, daß die in Gemäßheit der §§ 773—775 zu erlassenden Entscheidungen ohne vorgängige mündliche Verhandlungen erfolgen können. Nach § 701 aber findet gegen Entscheidungen dieser Art im Zwangsvollstreckungsverfahren sofortige Beschwerde statt. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 27. Januar 1886. S. Bd. XI. Nr. 116 S. 320. 321.

§ 776. **§ 776.**

Die in Gemäßheit der §§ 773—775 zu erlassenden Entscheidungen können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Vor der Entscheidung ist der Schuldner zu hören.

1. **Anträge auf Vollzug von Zwangsstrafen für Erwirkung von Duldungen oder Unterlassungen können zum Erlaß von Urtheilen oder förmlichen Beweisbeschlüssen nnd damit zur Auflage von Partei-Eiden nicht führen.** Im Sinne der Reichs-Civilprozeßordnung sind Urtheile, nämlich diejenigen richterlichen Entscheidungen, welchen eine mündliche Verhandlung vorausgehen muß, begrifflich von denjenigen gerichtlichen Entscheidungen zu trennen, welche ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können, denen eine solche nur nach richterlichem Ermessen vorausgeht, und zu welchen die sogenannten Beschlüsse gehören. Die Entscheidungen über einen Antrag, demzufolge der Schulder wegen Zuwiderhandlung gegen die rechtskräftig ausgesprochene Verpflichtung, eine Handlung zu unterlassen, zu einer im Urtheile angedrohten Strafe verfällt werden soll, können in Gemäßheit der §§ 775 und 776 der Reichs-Civilprozeßordnung ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgeu nnd findet nach Inhalt des § 701 a. a. O. gegen derartige Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren sofortige Beschwerde statt. Auch wenn in einem solchen Falle das richterliche Ermessen eine mündliche Verhandlung anordnet, so benimmt dieser Umstand der darauf folgenden Entscheidung die Eigenschaft eines Beschlusses nicht, es bestätigt vielmehr das Prozeßgesetz, indem es ausnahmsweise im Falle des § 802 bei fakultativer mündlicher Verhandlung und deren Statthaben die Erlassung eines Endurtheils besonders vorschreibt, hierdurch nur die Regel, daß in sonstigen Fällen, in welchen eine der richterlichen Entscheidung vorausgehende mündliche Verhandlung gesetzlich nicht nothwendig ist, der Entscheidung die rechtliche Eigenschaft eines Urtheils nicht zukommt. Es darf sonach in einem solchen Beschlusse ein richterlicher Eid nach Anleitung der §§ 437 ff. der C. P. O. schon deßhalb nicht auferlegt werden, weil gemäß § 439 Abs. 3 ebendaselbst der richterliche Eid durch bedingtes

Digitized by Google

Urtheil aufgetragen werden muß, welches dem vorwürfigen Verfahren fremd iſt. (B. O. L. 22. X. 83.) S. X. (71.) 189—192. S. A. XLI. bezw. XI. (255.) 382. 383.

2. **Ueber den Antrag des Gläubigers, ihn zu ermächtigen, die Handlung auf Koſten des Schuldners vornehmen zu laſſen und den Schuldner zur Vorausbezahlung der Koſten zu verurtheilen, iſt durch Beſchluß, nicht durch Urtheil zu entſcheiden.** (R. G. 14. VI. 87.) R. C. XVIII. (76.) 356. 360. S. hierüber bei § 773.

§ 777.

§ 777.

Leiſtet der Schuldner Widerſtand gegen die Vornahme einer Handlung, welche er nach den Beſtimmungen der §§ 773, 775 zu dulden hat, ſo kann der Gläubiger zur Beſeitigung des Widerſtandes einen Gerichtsvollzieher zuziehen, welcher nach den Beſtimmungen des § 678 Abſatz 3. zu verfahren hat.

St. G. B. § 240.

4. Intereſſeforderung.

§ 778.

§ 778.

Durch die Beſtimmungen dieſes Abſchnitts wird das Recht des Gläubigers nicht berührt, die Leiſtung des Intereſſe zu verlangen.

Den Anſpruch auf Leiſtung des Intereſſe hat der Gläubiger im Wege der Klage bei dem Prozeßgericht erſter Inſtanz geltend zu machen.

H. G. B. Abſ. 356.

1. **Die Civilprozeßordnung hat es vermieden, die Frage, daß der Forderungsberechtigte ſtatt der nicht erzwingbaren Naturalerfüllung das Intereſſe fordern und ſeine Intereſſenforderung gerichtlich geltend machen kann, zu regeln — § 778 —, ſo daß die bis dahin gültigen rechtlichen Beſtimmungen beſtehen geblieben ſind.** Es iſt aber im gemeinen Rechte von jeher als ganz ſelbſtverſtändlich angeſehen, daß, wenn die zur Erzwingung einer Handlung des Schuldners zuläſſigen indirekten Zwangsmaßregeln ohne Erfolg erſchöpft waren, oder wenn die Anwendung von Zwangsmitteln überhaupt für unzuläſſig erachtet wurde, der Gläubiger das Intereſſe ſtatt der Erfüllung fordern dürfe; nur darüber beſtand eine Kontroverſe, ob, wenn überhaupt nicht erzwingbare Handlungen in Frage ſtehen, nicht ſchon das Urtheil auf das Intereſſe gerichtet werden müſſe, und deßhalb von vornherein auf das Intereſſe zu klagen ſei, oder ob das Intereſſe erſt ſtatt der Exekution, wenn der Verurtheilte nicht leiſtete, gefordert werden dürfe. (Vgl. Sintenis in der Gießener Zeitſchrift Bd. 10 Nr. 2.) Inſonderheit wurde vielfach die Behauptung aufgeſtellt, daß die Erfüllung des Verkäufers, die Tradition der verkauften Sache, nicht erzwingbar und aus dieſem Grunde die Klage des Käufers auf das Intereſſe ſtatt der verweigerten Erfüllung auch noch bei uns wie im römiſchen Rechte ſchlechthin zuläſſig ſei. — l. 1 pr. Dig. de act. emti et venditi 19, 1. Wenn man nun aber auch anzunehmen hat, daß Klage und Urtheil zunächſt auf die Erfüllung der ſchuldigen Leiſtung zu ſtellen ſind (vgl. Wächter, Erörterungen Heft 2 S. 25), ſo iſt die Intereſſeforderung damit von ſelbſt gegeben, daß das nicht erzwingbare Urtheil unerfüllt gelaſſen wird. (R. G. 3. X. 83.) R. C. X. (48.) 178. 179.

2. **Klage auf das Intereſſe ſtatt des Antrags auf Zwangsvollſtreckung des Urtheils auf Vornahme einer Handlung. Subſtantiirung dieſes Intereſſes.** Die Zwangsvollſtreckung von Urtheilen, welche auf Vornahme einer Hand-

Digitized by Google

lung lauten, die auch von einem Dritten vorgenommen werden kann, ist von der C. P. O. (anders als im früheren gemeinen Prozeß, vgl. Wetzell, System § 50 Nr. IV) so geordnet, daß jeder Zwang gegen die Person des Schuldners wegfällt und der Gläubiger ermächtigt werden kann, die betreffende Handlung auf des Schuldners Kosten — welche auf Antrag vorauszuzahlen sind — vornehmen zu lassen (§ 773). Unabhängig davon hat der Gläubiger Anspruch auf Leistung des Interesses, und zwar gilt in letzterer Beziehung das materielle Recht. Die C. P. O. hat hierüber nur insofern etwas bestimmt, als für die Klage auf Leistung des Interesses ein besonderer ausschließlicher Gerichtsstand angeordnet und ausdrücklich gesagt ist, daß das Recht des Gläubigers auf Leistung des Interesses durch die Vorschriften über die Realexekution nicht berührt (§ 778), also die Verfolgung dieses Rechts auch nicht von dem vorgängigen Versuch der Realexekution abhängig sein soll (vgl. Wilmowsky, Komm. Anm. 1 zu § 778). Die Frage aber, ob der Gläubiger das Interesse fordern dürfe und worin dasselbe besteht, entscheidet sich nach dem materiellen Recht (vgl. Motive zu § 724 des Entw., jetzt § 778 der C. P. O.). Urtheil des O. L. G. zu Kiel vom 18. Juni 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (156.) 236. 237.

3. **Die Vorschrift des § 10 C. P. O. findet auch Anwendung im Falle des § 778 Abs. 2 daselbst.** (S. hierüber zunächst bei § 10 ad R. C. XIII. (96.) 367. 368.) Der § 778 Abs. 2 der R. C. P. O. bestimmt zunächst die örtliche Zuständigkeit. Die Klage, mit welcher der Interesseanspruch geltend gemacht wird aus einem Judikate, soll bei dem Prozeßgerichte erster Instanz erhoben werden. Dem Wortlaute nach kann unter dem Prozeßgerichte erster Instanz sowohl dasjenige verstanden werden, welches innerhalb des vorgeschriebenen Bezirkes nach den allgemeinen Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit in erster Instanz zu entscheiden haben würde, als auch dasjenige, welches in dem gegebenen Falle das frühere Urtheil erlassen hat. Ist das erstere anzunehmen, so ist eine Klage, welche einen vermögensrechtlichen Anspruch von mehr als 300 M. verfolgt, richtig bei dem Landgerichte zu erheben. Hat aber das andere bestimmt werden sollen, daß also, unabhängig von dem Werthe des Streitgegenstandes, auch das Amtsgericht zuständig sein solle, falls es früher in erster Instanz erkannt habe, so ist im § 778 a. a. O. zugleich eine Bestimmung über die sachliche Zuständigkeit getroffen, welche als solche unter der Herrschaft der höheren Vorschrift des § 10 a. a. O. steht. Daran ändert nichts, daß nach § 707 a. a. O. der im § 778 a. a. O. bestimmte Gerichtsstand ein ausschließlicher ist. Denn die Ausschließlichkeit bezieht sich nur auf den Gerichtsstand, d. i. auf die örtliche Zuständigkeit. (R. G. 11. III. 85.) R. C. XIII. (96.) 368. 369.

5. Abgabe einer Willenserklärung.

§ 779. **§ 779.**

Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat. Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt diese Wirkung ein, sobald nach den Bestimmungen der §§ 664, 666 eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urtheils ertheilt ist.

Digitized by Google

Die Vorschrift des ersten Absatzes kommt im Falle der Berurtheilung zur Eingehung einer Ehe nicht zur Anwendung.

§§ 645—774. Personenstand-G. v. 6./2. 75 §§ 41, 52.

1. **Der § 779 der R. C. P. O. kommt nicht zur Anwendung, wenn das Urtheil, um dessen Vollstreckung es sich handelt, dem Beklagten nicht bloß die Abgabe einer Willenserklärung, sondern ein bestimmtes positives Thun ausdrücklich vorschreibt.** (R. G. 23. X. 83.) A. VIII. (137.) 509.

2. **Die Ertheilung einer Vollmacht ist keine Willenserklärung im Sinne des § 779 der R. C. P. O., sondern eine Handlung im Sinne von § 774 cit.** Die Vollmachtsertheilung, nämlich die Ausstellung und Aushändigung einer Vollmachtsurkunde mit entsprechendem Inhalt, ist eine besondere positive Leistung, welche durch die gesetzliche Fiktion des § 779 der R. C. P. O. nicht ersetzt werden kann und welche vielmehr im Weigerungsfalle mittels Anwendung des § 774 der R. C. P. O. zu erzwingen ist. (R. G. 23. X. 83.) A. VIII. (137.) 509.

3. **Wenn ein schriftlicher Kaufvertrag bei Abgabe des Urtheils noch nicht angefertigt gewesen ist, sondern erst nachher hat aufgesetzt werden sollen, Beklagter also nicht lediglich zur Abgabe einer Willenserklärung, sondern zur Errichtung eines dem Urtheil entsprechenden Vertrages schuldig erkannt ist, kann der § 779 nicht Platz greifen, sondern muß § 774 zur Anwendung gelangen,** weil die zu erzwingende Genehmigung des Kaufvertrages und die sich daran anschließende Vollziehung des Kontrakts eine Handlung ist, und zwar eine solche, welche von einem Dritten nicht vorgenommen werden kann und ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt (vgl. die Kommentare von Puchelt §§ 773, 774 Anm. 5, § 779 Anm. 2; Petersen § 779 Anm. 1; Seuffert § 779 Anm. 2). Urtheil des O. L. G. zu Kiel vom 17. Dezember 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 278 S. 378.

Vierter Abschnitt.

Offenbarungseid und Haft.

1. Offenbarungseid.

§ 780.

§ 780.

Für die Abnahme eines Offenbarungseides ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Schuldner im Deutschen Reiche seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines solchen seinen Aufenthaltsort hat, als Vollstreckungsgericht zuständig.

§§ 711, 769. Konk. O. § 115. Einf. G. § 16 Nr. 3. Ger. K. G. § 43.

Die Vorschriften der §§ 780 ff. C. P. O. über die Ableistung und Erzwingung des gemäß der §§ 711. 769 im Vollstreckungsverfahren zu erforderuden Offenbarungseides sind nicht anwendbar auf den nach Maßgabe der Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes (§ 16 Nr. 3 Einf.-Ges. zur C. P. O.) **einer Partei durch Urtheil auferlegten Offenbarungseid.** Behufs Erzwingung eines solchen Eides ist vielmehr die Vorschrift des § 774 C. P. O. in Anwendung zu bringen. Die Anwendung dieser Vorschrift setzt aber voraus, daß die Ableistung des Eides

Digitized by Google

„ausschließlich von dem Willen" der eidespflichtigen Partei abhängig ist. (R. G. 2. V. 84.) R. C. XI. (104.) 397. A. X. (99.) 414.

§ 781. **§ 781.**

Das Verfahren beginnt mit der Ladung des Schuldners zur Leistung des Offenbarungseides.

Bestreitet der Schuldner die Verpflichtung zur Leistung des Eides, so ist von dem Gerichte durch Urtheil über den Widerspruch zu entscheiden. Die Eidesleistung erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheils.

§§ 191, 193, 462, 158, 781, 769. §§ 440—446. Ger. K. G. § 35 Nr. 3.

1. **Der die Ableistung des Offenbarungseides betreffende Beschluß des Vollstreckungsgerichts erfordert keine vorgängige „mündliche Verhandlung".** Es ist hier auszugehen von dem im § 684 Abs. 3 der C. P. O. enthaltenen Prinzip, wonach die Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts — und um eine solche handelt es sich hier (§ 780) — ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können. Dieses Prinzip ist, wie schon aus dem § 701 zu entnehmen, kein ausnahmsloses, und es ist zu untersuchen, ob, bezw. inwieweit eine Ausnahme von demselben durch die Vorschriften des § 781 begründet wird. Diese Frage ist eine sehr bestrittene. (Vgl. darüber außer den verschiedenen Kommentaren zur C. P. O. die Abhandlungen in Busch, Zeitschrift Bd. 3 S. 315 ff., Bd. 5 S. 262 ff.; Gruchot, Beitr. Bd. 26 S. 237 ff.; Jurist Wochenschrift Jahrg. 1885 Nr. 2/3.) Diejenigen, welche annehmen, daß im Fall des § 781 stets eine mündliche Verhandlung stattzufinden habe, berufen sich dafür zunächst auf die Vorschrift des Abs. 1 dieses Paragraphen, der zufolge der Schuldner zu dem betreffenden Termin geladen werden muß, und sie weisen dabei namentlich hin auf die Bestimmung des § 191: „Die Ladung zu einem Termin erfolgt durch die Partei, welche über die Hauptsache oder über einen Zwischenstreit mündlich verhandeln will." Allein aus dieser Bestimmung läßt sich doch höchstens entnehmen, daß, wer mündlich verhandeln will, zu laden hat, keineswegs aber, daß jede Ladung die Herbeiführung einer mündlichen Verhandlung bezweckt; und daß dies auch thatsächlich nicht der Fall ist, beweisen die §§ 452 und 571. Auch kann es ja keinen Zweifel leiden, daß, wenn in Gemäßheit des § 781 die Verpflichtung des Schuldners zur Ableistung des Eides rechtskräftig festgestellt ist, derselbe zur Ausschwörung des Eides wiederum geladen werden muß; daß aber dann nicht nochmals eine mündliche Verhandlung stattfinden soll, sondern die Ladung nur zur Vornahme der Eidesleistung erfolgt, bedarf nicht der Ausführung. Also die Ladung an sich beweist noch nichts, sondern es kommt darauf an, wozu geladen wird, ob also im Fall des § 781 die Ladung zum Zweck der mündlichen Verhandlung erfolgt? Das aber ist zu verneinen. Nach der Vorschrift in § 781 ist der Schuldner nur zur Leistung des Offenbarungseides, nicht auch zur mündlichen Verhandlung zu laden. Und dem entspricht es, wenn der Beklagte nur zur „Vorlage eines Verzeichnisses seines Vermögens und Ableistung des Offenbarungseides" geladen wird. Richtig ist es nun freilich, daß in dem anberaumten Termin der Schuldner zugleich seine etwaigen Einwendungen gegen die Verpflichtung zur Ableistung des Eides vorzubringen hat. Allein der Termin wird nicht zu diesem Ende anbe-

Digitized by Google

raumt, sondern es wird dem Schuldner — der ja schon deßhalb geladen werden muß, weil er erscheinen und den Eid leisten soll — nur Gelegenheit gegeben, seine Einwendungen geltend zu machen. Mit anderen Worten: Der Termin ist an sich nicht zur mündlichen Verhandlung bestimmt, es kann sich aber eine solche in demselben entwickeln — wenn nämlich der Schuldner erscheint und seine Verpflichtung zur Ableistung des Eides bestreitet. An diesem Resultat wird auch durch das Argument nichts geändert, daß der Gläubiger in dem anzuberaumenden Termin seinen Antrag stellen und begründen muß. Unrichtig ist, daß die Prüfung des Antrages schon bei dessen Einreichung, vor der Terminsansetzung, geschehen muß und der Richter im Termine selbst eine weitere Prüfung nicht vorzunehmen, sondern gegen den nicht erschienenen Schuldner auf Grund des § 782 ohne Weiteres die Haft anzuordnen hat. Ein solches Verfahren wird schon dadurch ausgeschlossen, daß der Gläubiger, um eine Haftverfügung zu erlangen, die ordnungsmäßige Ladung des Schuldners nachzuweisen hat und daß es ferner an dem für die Haftverfügung erforderlichen Antrage, der ja erst im Termin, je nach dem Verhalten des Schuldners, gestellt werden kann, fehlt. Allein darin, daß der Gläubiger seinen Antrag zu stellen und zu begründen hat, ist noch nicht eine mündliche Verhandlung im Sinn der C. P. O. zu erblicken; vielmehr würde eine solche nur dann darin liegen, wenn der Termin an sich zur beiderseitigen Verhandlung bestimmt wäre (vgl. Motive zum § 4 des Entwurfs zur C. P. O.; Entsch. des R. G. Bd. 10 S. 388 ff. in Seuffert, Archiv Bd. 39 Nr. 255; Entsch. des R. G. Bd. 8 S. 381 in Seuffert, Archiv Bd. 38 Nr. 287); gerade diese Voraussetzung aber ist nach dem Vorbemerkten nicht begründet. Damit widerlegt sich zugleich die Argumentation, daß, weil eine mündliche Verhandlung erforderlich sei, auch die nachfolgende Entscheidung ein Urtheil sein müsse. Diese Argumentation würde auch offenbar zu viel beweisen; denn, da es für den Begriff der mündlichen Verhandlung gleichgültig ist, ob eine oder beide Parteien in dem betreffenden Termine erscheinen (vgl. Entsch. des R. G. Bd. 10 S. 389), so würde auch in dem Fall, wenn der Beklagte gar nicht erscheint und die Haft gegen ihn verfügt wird, dies als ein mit der Berufung anfechtbares Urtheil gelten müssen, während alsdann nur ein, mit der sofortigen Beschwerde angreifbarer, Beschluß vorliegt. Ist dem aber so, so folgt daraus wiederum rückwärts, daß die solcher Entscheidung vorausgehende Verhandlung keine mündliche Verhandlung im Sinn der C. P. O. sein kann (§ 701). Damit werden auch die aus der entgegengesetzten Annahme gezogenen Konsequenzen hinfällig. Insbesondere ist beim Ausbleiben des Gläubigers kein Versäumnißurtheil gegen denselben zu erlassen, und andererseits steht nichts im Wege, dem Schuldner, welcher erscheint und zur Leistung des Eides bereit ist, auch in Abwesenheit des Gläubigers, ebenso wie in dem Fall des § 783, den Eid abzunehmen. Läßt sich dem Vorstehenden nach nicht allgemein behaupten, daß im Fall des § 781 eine mündliche Verhandlung stattfinde, so ist aber eine Ausnahme für den Fall zuzugeben, daß der Beklagte erscheint und seine Verpflichtung zur Ableistung des Eides bestreitet; denn nicht nur, daß es alsdann thatsächlich zu einer mündlichen Verhandlung kommt, so ist nach der Vorschrift des § 782 alsdann durch Urtheil

Digitized by Google

über den Widerspruch des Beklagten zu entscheiden, der Erlaß eines Urtheils aber setzt nach allgemeinen Prinzipien eine vorgängige mündliche Verhandlung voraus (vgl. hierüber Entsch. des R. G. Bd. 10 S. 412). **Deßhalb ist ein von dem Amtsrichter im Falle Ausbleibens des Beklagten im anberaumten Termine erlassener Beschluß kein Urtheil, sondern ein ohne vorgängige mündliche Verhandlung ergangener und folgeweise mit der sofortigen Beschwerde angreifbarer Beschluß.** Beschluß des O. L. G. zu Hamburg vom 24. März 1885. S. A. XL. bezw. X. (331.) 476—479.

2. **Gegen das Urtheil des Vollstreckungsgerichtes, durch welches über die vom Schuldner bestrittene Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides entschieden wird (§ 781 C. P. O.), findet das Rechtsmittel der Berufung und nicht das der Beschwerde statt.** Nach § 781 C. P. O. ist, wenn der zur Leistung des Offenbarungseides geladene Schuldner die Verpflichtung zur Leistung des Eides bestreitet, von dem Vollstreckungsgerichte durch Urtheil über den Widerspruch zu entscheiden. Eine Entscheidung durch Urtheil setzt nach dem Sprachgebrauche der Civilprozeßordnung eine mündliche Verhandlung voraus. Die im § 701 C. P. O. enthaltene Bestimmung, nach welcher gegen Entscheidungen, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können, die sofortige Beschwerde stattfindet, erweist sich also auf die Entscheidung über die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides als unanwendbar. Die Zulässigkeit der Beschwerde gegen die in Frage stehende Entscheidung kann auch aus anderen Bestimmungen der Civilprozeßordnung nicht hergeleitet werden. Wird erwogen, daß es sich bei dem nach § 781 C. P. O. zu fällenden Urtheile, welches nach dem Schlußsatze des § 781 C. P. O. erst nach Eintritt der Rechtskraft zur Vollstreckung gelangen soll, um eine Entscheidung über den Anspruch des Gläubigers auf Leistung des Offenbarungseides seitens des Schuldners handelt und das über die Pflicht zur Leistung des Eides entscheidende Urtheil sich in Ansehung jenes Anspruches als Endurtheil darstellt, so erscheint vielmehr die Berufung als das gegen das Urtheil des Vollstreckungsgerichtes zulässige Rechtsmittel. (R. G. 22. XI. 83.) R. C. X. (135.) 411—413.

§ 782. **§ 782.**

Gegen den Schuldner, welcher in dem zur Leistung des Offenbarungseides bestimmten Termine nicht erscheint oder die Leistung des Eides ohne Grund verweigert, hat das Gericht zur Erzwingung der Eidesleistung auf Antrag die Haft anzuordnen.

Ger. K. G. § 43. R. A. G. O. § 32.

§ 783. **§ 783.**

Der verhaftete Schuldner kann zu jeder Zeit bei dem Amtsgerichte des Haftorts beantragen, ihm den Eid abzunehmen. Dem Antrag ist ohne Verzug stattzugeben.

Nach Leistung des Eides wird der Schuldner aus der Haft entlassen und der Gläubiger hiervon in Kenntniß gesetzt.

§ 784. **§ 784.**

Ein Schuldner, welcher den im § 711 erwähnten Offenbarungseid geleistet hat, ist zur nochmaligen Leistung des Eides auch einem anderen Gläubiger gegenüber nur verpflichtet, wenn glaubhaft gemacht wird, daß er später Vermögen erworben habe.

§ 795. Glaubhaftmachung der melior fortuna § 266.

Digitized by Google

2. Haft.

§ 785. § 785.

Die Haft ist unstatthaft:

1. gegen Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung während der Sitzungsperiode, sofern nicht die Versammlung die Vollstreckung genehmigt;
   R. Verf. Art. 31.
2. gegen Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppentheil oder zur Besatzung eines im Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören;
   R. Mil. G. v. 2./5. 74 § 34.
3. gegen den Schiffer, die Schiffsmannschaft und alle übrigen auf einem Seeschiff angestellten Personen, wenn das Schiff zum Abgehen fertig (segelfertig) ist.
   H. G. B. Art. 446. Gilt auch von Stromschiffen, wenn sie vorübergehend zum Erwerb durch Seefahrt dienen (Prot. z. Seerecht S. 3712). Haft gegen Zeugen §§ 345, 355, 357, als Exekutionsmittel §§ 774, 775, 782, 783, 785—795, 798, 812. K. O. §§ 93, 98.

§ 786. § 786.

Die Haft wird unterbrochen:

1. gegen Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung für die Dauer der Sitzungsperiode, wenn die Versammlung die Freilassung verlangt;
2. gegen Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppentheil oder auf ein in Dienst gestelltes Kriegsfahrzeug einberufen werden, für die Dauer dieser Verhältnisse.

§ 787. § 787.

Gegen einen Schuldner, dessen Gesundheit durch die Vollstreckung der Haft einer nahen und erheblichen Gefahr ausgesetzt wird, darf, so lange dieser Zustand dauert, die Haft nicht vollstreckt werden.

§ 788. § 788.

Die Haft wird in einem Raume vollstreckt, in welchem nicht zugleich Untersuchungs- oder Strafgefangene sich befinden.
St. G. B. § 18 Abs. 2.

§ 789. § 789.

Das Gericht hat bei Anordnung der Haft einen Haftbefehl zu erlassen, in welchem der Gläubiger, der Schuldner und der Grund der Verhaftung zu bezeichnen sind.

§ 790. § 790.

Die Verhaftung des Schuldners erfolgt durch einen Gerichtsvollzieher. Der Haftbefehl muß bei der Verhaftung dem Schuldner vorgezeigt und auf Begehren abschriftlich mitgetheilt werden.

§ 791. § 791.

Vor der Verhaftung eines Beamten, eines Geistlichen oder eines Lehrers an öffentlichen Unterrichtsanstalten ist der vorgesetzten Dienstbehörde von dem Gerichtsvollzieher Anzeige zu machen. Die Verhaftung darf erst erfolgen, nachdem die vorgesetzte Behörde für die dienstliche Vertretung des Schuldners gesorgt hat. Die Behörde ist verpflichtet, ohne Verzug die erforderlichen Anordnungen zu treffen und den Gerichtsvollzieher hiervon in Kenntniß zu setzen.
Kais. V. v. 23./11. 74 u. 19./12. 75.

§ 792. § 792.

Der Gläubiger hat die Kosten, welche durch die Haft entstehen, einschließlich der Verpflegungskosten von Monat zu Monat vorauszuzahlen. Die Aufnahme des Schuldners in das Gefängniß ist unstatthaft, wenn nicht mindestens für einen Monat die Zahlung geleistet ist. Wird die Zahlung nicht spätestens bis zum Mittage des letzten Tages erneuert, für welchen sie geleistet ist, so wird der Schuldner von Amtswegen aus der Haft entlassen. Gegen den Schuldner, welcher aus diesem Grunde oder ohne sein Zuthun auf Antrag des Gläubigers entlassen ist, findet auf Antrag desselben Gläubigers eine Erneuerung der Haft nicht statt.

Digitized by Google

Das Armenrecht befreit nicht von Vorauszahlung der Verpflegungskosten bei beantragter Haft zur Zwangsvollstreckung. Durch die Bewilligung des Armenrechts erlangt man nach § 107 der C. P. O. die einstweilige Befreiung von der Berichtigung „der sonstigen baaren Auslagen". Unter diese baaren Auslagen fallen indeß nicht die Haftkosten. Sie stehen unter der Spezialbestimmung des § 792, welcher verordnet, daß der Gläubiger die Kosten der Haft einschließlich derjenigen für Verpflegung von Monat zu Monat vorzuschießen habe, und die Aufnahme des Schuldners in das Gefängniß unstatthaft sei, wenn nicht mindestens für einen Monat die Zahlung geleistet sei. Wenn es die Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre, von diesen den Gläubigern auferlegten Pflichten die im Armenrecht klagende Partei zu entbinden, so hätte dies ausdrücklich ausgesprochen werden müssen. Gegen eine solche Absicht spricht die Wortfassung und ferner die Bemerkung in den Motiven S. 578, daß die Nöthigung zu einer so großen Auslage den Schuldner vor zu leichtsinnigem Gebrauch dieses Exekutionsmittels schütze (vgl. v. Wilmowsky u. Levy, Komm. zur C. P. O. § 792; v. Sarwey, Komm. Anm. 1 u. 2 zu § 792). Die gegentheilige Ansicht findet auch keine Unterstützung in § 79 Nr. 8 des G. K. G., wonach an baaren Auslagen die Haftkosten nach Maßgabe der für die Strafthat geltenden landesgesetzlichen Vorschriften erhoben werden sollen, weil durch diese Bestimmung die vorliegende Frage nicht entschieden wird. Beschluß des O. L. G. zu Kassel vom 18. Juli 1883. Heuser, Annalen Bd. 28 S. 187 ff. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 165 S. 246. 247.

§ 793. **§ 793.**

Soll die Haft gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson vollstreckt werden, so hat das Gericht die vorgesetzte Militärbehörde um die Vollstreckung zu ersuchen.

§§ 345 Abs. 4. § 355 Abs. 4, § 673.

§ 794. **§ 794.**

Die Haft darf die Dauer von sechs Monaten nicht übersteigen. Nach Ablauf der sechs Monate wird der Schuldner von Amtswegen aus der Haft entlassen.

St. G. B. § 19.

§ 795. **§ 795.**

Ein Schuldner, gegen welchen wegen Verweigerung des im § 711 erwähnten Offenbarungseides eine Haft von sechs Monaten vollstreckt ist, kann auch auf Antrag eines anderen Gläubigers von neuem zur Leistung dieses Eides durch Haft nur angehalten werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Schuldner später Vermögen erworben habe.

Fünfter Abschnitt.

Arrest und einstweilige Verfügungen.

I. Arrest.

Zulässigkeit.

§ 796. **§ 796.**

Der Arrest findet zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruchs statt, welcher in eine Geldforderung übergehen kann.

Digitized by Google

Die Zulässigkeit des Arrestes wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Anspruch ein betagter ist.

B. G. v. 29./5. 68 § 2. Einf. G. § 13 Nr. 1.

1. Der § 796 spricht die Regel aus, daß der Arrest zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche und unbewegliche Vermögen stattfindet, nicht zur Sicherung der Einleitung oder Fortsetzung des Prozeßverfahrens. Hierbei **kommt es denn nicht darauf an, ob die Zwangsvollstreckung bereits eingeleitet ist, oder erst durch Erwirkung des Urtheils erlangt werden soll,** da auch während eines Konkursverfahrens über die Rechtmäßigkeit einer Forderung und des angelegten Arrestes eine gerichtliche Entscheidung herbeigeführt werden kann. Der § 806 C. P. O. bestimmt ausdrücklich, daß, wenn bei Anlegung des Arrestes die Hauptsache nicht anhängig ist, das Arrestgericht auf Antrag anzuordnen hat, daß die Partei, von welcher der Arrestbefehl erwirkt worden, binnen einer zu bestimmenden Frist Klage zu erheben habe, und im Falle dieser Anordnung nicht Folge geleistet wird, die Aufhebung des Arrestes durch Endurtheil auszusprechen sei. (R. G. 7. XII. 80.) R. C. III. (111.) 396.

2. Der Gläubiger ist zwar ohne Zweifel berechtigt, zur Sicherung oder Befriedigung seines Anspruches mehrfache Arreste und Pfändungen auf verschiedene Vermögensbestandtheile seines Schuldners, also gleichzeitig oder nacheinander auf Immobilien, Mobilien, mehrere ausstehende Forderungen zu erwirken; es ergibt sich dies schon daraus, daß das gesammte Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger bestimmt ist. **Es ist also dem Gläubiger unbenommen, zur Sicherstellung eines und desselben Anspruches auf verschiedenen Wegen den Schuldner zu verhindern, seine Vermögensstücke dem Angriffe des Gläubigers zu entziehen. Dagegen kann die Ausdehnung dieses Grundsatzes dahin, daß dem Gläubiger (ohne den Nachweis eines ganz besonderen rechtlichen Interesses) das Recht zustehen solle, bei demselben oder bei verschiedenen Gerichten auf einen und denselben Vermögensstand gleichzeitig oder nacheinander Arrest zur Sicherung oder Befriedigung einer und derselben Forderung zu erwirken, nicht gebilligt werden.** Wenn auch eine Rechtshängigkeit durch eine Arrestverfügung, wie die Erhebung der Klage solche nach § 235 C. P. O. begründet, nicht angenommen werden kann, so trifft doch bei derselben das der Rechtshängigkeit zu Grunde liegende Prinzip, daß über den nämlichen Anspruch nicht mehrfache richterliche Entscheidung angerufen werden soll, also die Rechtsregel „ne bis in idem" jedenfalls insofern zu, als es ungerechtfertigt erscheint, dem Schuldner die Belästigung und die Kosten eines mehrfachen Arrestes für dieselbe Forderung auf den nämlichen Gegenstand aufzubürden, und als die Gefahr für die Rechtsordnung vermieden werden muß, daß, wenn bei den verschiedenen Gerichten der Arrest mit Widerspruch nach § 804 C. P. O. oder mit Klage nach § 690 C. P. O. angefochten wird, über dieselbe Frage sich widersprechende Entscheidungen rechtskräftig und damit unlösbare Konflikte herbeigeführt werden. Dazu kommt aber noch der weitere, aus § 797 C. P. O. sich ergebende Grund, daß der dingliche Arrest nur stattfindet, wenn zu besorgen ist, daß ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urtheiles vereitelt oder wesentlich erschwert würde. Hat nun aber der Gläubiger das in Frage kommende Vermögensobjekt seines Schuldners bereits bei einem Gerichte

Digitized by Google

mit Arrest bestrickt, so ist für ihn bezüglich eben dieses Objektes die Gefahr beseitigt, und es fehlt daher an der gesetzlichen Voraussetzung für den Antrag auf dinglichen Arrest auf die nämliche Sache. Es kann sich vielmehr nur noch darum handeln, ob dieser Arrest rechtsbeständig bleibe oder nicht. Wird er auf Klage oder Widerspruch aufgehoben, so würde das aufhebende Urtheil gegen ein erneutes, auf den früheren Grund betreffs desselben Gegenstandes eingebrachtes Arrestgesuch die Rechtskraft begründen, welche im Wege des Widerspruchs oder der Klage geltend gemacht werden könnte. Auch hieraus folgt noch nach einer anderen Richtung die Unstatthaftigkeit des Doppelarrestes, da wie bereits erwähnt, in einem solchen Falle gleichzeitig sich widersprechende Urtheile ergehen können und der Schuldner oder der dritte Kläger um die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache gebracht würde. (R. G. 24. X. 82.) R. C. VIII. (103.) 358—360.

3. **Der Arrest hat die Bedeutung eines richterlichen Veräußerungsverbotes. Ob ein Geschäft, welches diesem Veräußerungsverbote zuwider abgeschlossen ist, rechtliche Wirkungen unter den Kontrahenten erzeugt, oder ob das Veräußerungsverbot bewirkt, daß die demselben widersprechenden Akte schlechthin ungültig sind, als absolut nichtig angesehen werden müssen, ist in der Civilprozeßordnung nicht bestimmt. Soweit kommen also die Landesgesetze zur Anwendung.** (R. G. 31. I. 83.) R. C. VIII. (125.) 421. A. VII. (121.) 389. 390.

4. **Der Arrest ist nicht ein Bestandtheil der in den §§ 644 ff. C. P. O. behandelten Zwangsvollstreckung, welche aus Endurtheilen stattfindet; er dient zur Sicherung der Zwangsvollstreckung (§ 796 a. a. O.), d. h. die Maßregel des Arrestes dient hierzu.** Als diese Maßregel ist die thatsächliche Anlegung, nicht die Anordnung des Arrestes, der Arrestbefehl anzusehen; letzterer ist der Titel zur Anlegung des Arrestes, sowie das Urtheil den Titel zur Zwangsvollstreckung abgibt und beide unterscheiden sich wesentlich nur dadurch, daß der Arrestbefehl keiner Vollstreckungsklausel bedarf, was seinen Grund darin hat, daß er bereits alle wesentlichen Bestandtheile der Vollstreckungsklausel enthält (Motive zu § 754 des Entw., jetzt § 809; Hahn, Materialien S. 476). **Die Vollziehung des Arrestbefehles charakterisirt sich als die Zwangsvollstreckung des Arrestbefehles. Erst wenn es sich um die Vollziehung handelt, findet das Verfahren für die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung** (§ 808 a. a. O.). Dem Prozeßrichter wohnt die, wenn auch nicht ausschließliche, Zuständigkeit für Erlaß des Arrestbefehles bei, während die bei der Vollziehung desselben vorkommenden gerichtlichen Entscheidungen, wie bei der Zwangsvollstreckung, an ein besonderes Vollstreckungsgericht gewiesen sind (§§ 810. 813 a. a. O.), und das Mittel der Vollziehung in bewegliches Vermögen ist die Pfändung nach den Grundsätzen der Zwangsvollstreckung und mit den Wirkungen der im Wege der Zwangsvollstreckung bewirkten Pfändung (§ 810 a. a. O.). **Hiernach bilden den Erlaß des Arrestbefehles und seine Vollziehung zwei von einander gesonderte Verfahren und stehen einander gegenüber ebenso wie der zum Endurtheile führende Prozeß und die Zwangsvollstreckung.** (R. G. 19. II. 83.) R. C. VIII. (119.) 401. 402. A. VII. (124.) 295. 296.

5. **Ein Arrest zur Sicherung einer Zwangsvollstreckung ist,** obgleich

Digitized by Google

auf ihn die Vorschriften der C. P. O. über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung finden und insbesondere die Vollziehung desselben durch Pfändung ein Pfandrecht des Gläubigers mit den in § 709 der C. P. O. bestimmten Wirkungen begründet (§§ 808, 810 C. P. O.), doch **noch nicht die Zwangsvollstreckung selbst, letztere darum mit der Arrestvollziehung noch nicht „begonnen“.** (R. G. 22. XII. 86.) R. A. VIII. (334.) 782.

6. Nach dem Systeme der Civilprozeßordnung lassen sich **im Arrestprozesse**, ähnlich wie im ordentlichen Prozesse, **zwei gesonderte Verfahren** unterscheiden. Das eine führte zu dem Arrestbefehle, welcher, wenn eine Forderung Gegenstand des Arrestes ist, in dem Gebote an den Schuldner besteht, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten. Das andere dient zur Vollziehung des Arrestbefehles, welche bei dem Arreste auf Forderungen durch Pfändung der Forderung geschieht. Das zuerst genannte Verfahren ist in den §§ 796—807 der Civilprozeßordnung geregelt; für das zweite sind in § 808 die Vorschriften über Zwangsvollstreckung als entsprechend anwendbar erklärt, soweit nicht die §§ 809—812 abweichende Bestimmungen enthalten. (B. O. L. 3. VII. 84.) S. X. (176.) 477.

7. **Zulässigkeit der Vereinigung eines Arrestbefehls und eines Forderungspfändungsbeschlusses in einer gerichtlichen Verfügung.** Es findet sich in der Civilprozeßordnung keine Vorschrift, daß diese Anordnungen zeitlich getrennt sein müssen, daß also zunächst der Arrestbefehl und nach Zustellung desselben der Pfändungsbeschluß zu erlassen ist; die Vereinigung beider in einen gerichtlichen Akt ist um so weniger zu beanstanden, als hierdurch das Verfahren im Interesse der den Arrestzweck fördernden Beschleunigung wesentlich vereinfacht wird. Selbstverständlich hat dies zur Folge, daß bei der weiteren Behandlung der verbundenen Beschlüsse sowohl die gesetzlichen Vorschriften über den Arrestbefehl als auch jene über die Arrestvollziehung eingehalten werden müssen. (B. O. L. 3. VII. 84.) S. X. (176.) 478.

8. **Regelmäßig sind selbst Gegenstände in der Hand des Arrestsuchers, welche dem Arrestbeklagten gehören, oder auch Schulden, welche ersterer an diesen zu zahlen hat, geeignete Objekte zur Anlegung eines Sicherungsarrestes**, und es steht namentlich nichts entgegen, wenn der Schuldner (Arrestsucher) selbst, anstatt eines Arrestdritten, in der Befugniß zur Zahlung der bei ihm ausstehenden Forderung des Arrestimpetraten beschränkt, demselben also die vorläufige Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit gestattet wird. **Allein diese Regel findet dann keine Anwendung, wenn der Arrestsucher durch ein Delikt, insbesondere durch widerrechtliche Eigenmacht in den Besitz der Sache gekommen, bezw. Schuldner des Arrestbeklagten geworden ist.** Wollte man in einem solchen Falle dem eigenmächtigen Besitzer die Berufung darauf, daß er Eigenthümer der Sache oder Gläubiger des Spolirten sei, und infolge hiervon Retention der Sache oder Forderung durch Arrestschlag gestatten, so würde dies ein bequemes Mittel für denselben sein, sich den Strafen der unerlaubten Selbsthülfe, wenigstens der Nothwendigkeit der Restitution des Geschuldeten zu entziehen. — Gegenüber der Gewißheit, daß ein gesetzlich anerkanntes Recht des Arrestbeklagten auf sofortige Zurückgabe des spoliirten Geld-

Digitized by Google

betrages durch die Arrestanlage verletzt wird, kann die bloße Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit, daß der Impetrat die künftige Exekution der Gegenforderung des Impetranten vereiteln werde, nicht in Anschlag kommen. (R. G. 24. III. 82.) R. C. VII. (99.) 331. 332.

9. **Der Arrest auf das Privatvermögen eines Handelsgesellschafters ist im Falle des Konkurses der Handelsgesellschaft (H. G. B. Art. 112) zulässig. Die Gefährdung der Forderung als solche ist zu vermuthen, bis der mit seinem Privatvermögen haftende Gesellschafter nachweist, daß der Anspruch volle Deckung aus dem Konkurse finde.** (R. G. 27. IX. 81.) A. IV. (99.) 330—332.

10. **Berechnung des Streitgegenstandwerthes bei Arresten.** S. hierüber (R. G. 11. XI. 85.) bei § 814 ad R. C. XV. (130.) 434. 435.

11. **Der Rechtsanwalt kann in einem von der Hauptsache getrennten Arrestverfahren außer für letzteres auch noch für die Thätigkeit bei Vollziehung des Arrestbefehles Gebühren erheben.** S. hierüber zunächst § 796 R. C. VIII. (119.) 401. 402. Die Rechtsanwalts-Gebührenordnung vom 7. Juli 1879 hat die Thätigkeit bei Erwirkung des Arrestbefehles und die Thätigkeit bei dessen Vollziehung auseinandergehalten und für eine jede derselben besondere Gebühren festgesetzt. Die §§ 20. 23 Abs. 1 a. a. O. bestimmen durch ihre Hinweisung auf § 26 Nr. 9 und § 35 Nr. 4 des Gerichtskostengesetzes die Gebühren nur für das Verfahren betreffs Anordnung des Arrestes bezw. das darauf folgende prozessualische Verfahren, nicht für die in einer anderen Richtung, bei dem Gerichtsvollzieher bezw. dem Vollstreckungsgerichte stattfindende Thätigkeit; die Vollziehung des Arrestbefehles als dessen Vollstreckung, also eine Vollstreckungsmaßregel, gehört unter den § 23 Abs. 2 der Rechtsanwalts-Gebührenordnung, und da die Gebühren des § 23 Abs. 2 für sich besonders und neben denen des § 23 Abs. 1 und des § 20 gefordert werden dürfen, so rechtfertigt sich der Ansatz von Gebühren für die Vollziehung des Arrestbefehles neben dem Ansatze für die Erwirkung desselben. Der § 31 a. a. O. will jede Vollstreckungsmaßregel mit den durch dieselbe vorbereiteten weiteren Vollstreckungshandlungen als eine Instanz aufgefaßt wissen, was nach § 36 a. a. O. auch bei der Vollziehung (nicht Anordnung) eines Arrestbefehles gilt, und die Anwendung des § 31 a. a. O. bei Arresten kann daher nur verschiedene Maßregeln und Handlungen der Vollziehung des Arrestbefehles als eine Instanz zusammenfassen. Ist der Arrestbefehl für sich noch keine Vollstreckungsmaßregel, so kann er auch nicht unter den § 31 a. a. O. subsumirt werden. Dieser § 31 schon allein stützt den besonderen Ansatz für die Thätigkeit bei Vollziehung des Arrestbefehles. Jeder etwaige Zweifel wird durch den § 36 Abs. 1. 2 a. a. O. beseitigt, welcher die Vollziehung des Arrestbefehles als einen ausschließlichen Gegenstand für die Erhebung von Gebühren behandelt und die Dauer der Instanz, welche diese Gebühren umfassen, von der ersten Vollziehungsmaßregel bis zur Aufhebung des Arrestes oder bis zum Anfange der Zwangsvollstreckung aus dem in der Hauptsache erlassenen Urtheile bestimmt. In Uebereinstimmung hiermit heißt es in den Motiven zum § 36 a. a. O.: Wie in der prozessualischen Ausführung die Vollziehung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung der Zwangsvollstreckung gleichsteht, so rechtfertigt sich auch eine gleiche Ge-

Digitized by Google

bührenerhebung für beide Fälle. (R. G. 19. II. 83.) R. C. VIII. (119.) 402. 403. A. VII. (124.) 396. 397.

12. Nach § 29 Ziff. 4 G. O. für Rechtsanwälte umfassen die im § 13 benannten Gebühren auch das Verfahren über einen Antrag auf Anordnung einer einstweiligen Verfügung, soweit dasselbe mit dem Verfahren in der Hauptsache verbunden ist, und es bestimmt demgemäß § 30 a. a. O., daß die Gebühren für dieses Verfahren nur besonders erhoben werden, sofern es vom Verfahren über die Hauptsache getrennt ist. Aus den Motiven, insbesondere zum § 30 a. a. O., geht hervor, daß der Gesetzgeber eine solche Trennung der Verfahren unterstellt, bei welchen durch eine besondere mündliche Verhandlung und bezw. Beweisaufnahme eine Mehrarbeit des Rechtsanwaltes bedingt wird. Wenn auch der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in einem besonderen Schriftsatze eingebracht worden ist, so hat eine Trennung des Verfahrens im Sinne der §§ 29 Ziff. 4, 30 a. a. O. nicht stattgefunden, bezw. **die Stellung eines Antrages in einem besonderen Schriftsatze genügt noch nicht, um für den einen oder anderen Parteibevollmächtigten den Anspruch auf eine besondere Prozeßgebühr zu begründen.** (R. G. 13. III. 83.) R. C. VIII. (127.) 428. 429. A. VII. (158.) 496. 497.

13. Wenn es sich sowohl in der Hauptsache, als auch beim Antrage auf Erlassung der einstweiligen Verfügung um einen einheitlichen, ungetrennt verhandelten Rechtsstreit handelt, so **steht dem Anwalte** bei einer in einem solchen Rechtsstreite erhobenen Beschwerde **die im § 41 G. O. für die Beschwerdeinstanz bestimmte Prozeßgebühr nicht zu, wenn ihm in der Instanz, in welcher die angefochtene Entscheidung erlangen ist, eine Prozeßgebühr zustand.** Die Motive zum § 41 a. a. O. erläutern dies damit, daß diese Fälle im allgemeinen von geringer Bedeutung seien, sodaß dem Rechtsanwalte, welchem in der Instanz der angefochtenen Entscheidung eine Prozeßgebühr überhaupt oder eine der im § 37 und 40 a. a. O. (soll wohl heißen „bis") bestimmten Gebühren zusteht, die Prozeßgebühr in der Beschwerdeinstanz nicht zu gewähren sei. S. hierüber noch § 29 G. O. eodem. (R. G. 13. III. 83.) R. C. VIII. (127.) 429. A. VII. (158.) 497.

§ 797.

§ 797.

Der dingliche Arrest findet statt, wenn zu besorgen ist, daß ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urtheils vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.

Als ein zureichender Arrestgrund ist es anzusehen, wenn das Urtheil im Auslande vollstreckt werden müßte.

1. In § 797 C. P. O. ist bestimmt, daß der dingliche Arrest stattfinde, wenn zu besorgen sei, daß ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urtheils vereitelt oder wesentlich erschwert werde. Ueber Sinn und Tragweite dieser Bestimmung geben weder die Motive des Gesetzentwurfes noch die Kommissions- und Reichstagsverhandlungen näheren Aufschluß. Faßt man die früheren gesetzlichen Bestimmungen ins Auge, welche muthmaßlich zu Grunde liegen, so können in Betracht kommen: zunächst Art. 611 der bayr. Prozeßordnung, welcher fast wörtlich mit § 797 C. P. O. übereinstimmt und demselben offenbar als Vorbild gedient hat, und sodann die §§ 1. 30 und 47 der preuß. A. G. O. I. 29, in welchen von der Besorgniß die Rede ist, daß der

Digitized by Google

Schuldner Vermögensstücke beseitige und dem Gläubiger das Objekt seiner künftigen Befriedigung entziehe. Sowohl nach preuß. Prozeßrechte (A. G. O. I. 29 § 87), als nach bayer. Prozeßrechte begründete der Arrest kein Vorzugsrecht vor anderen Gläubigern; sein Zweck war bloß, dem Schuldner die Möglichkeit zu entziehen über die Vermögensstücke zu verfügen oder dieselben zu beseitigen, und sonstigen Zwecken konnte er der Natur der Sache nach nicht dienen. Erst dadurch, daß die Reichs-Civilprozeßordnung in § 810 mit der Arrestanlage ein Pfandrecht verband, entstand ein Interesse für die Gläubiger, die Arrestanlage auch dazu zu benutzen, um sich vor anderen Gläubigern ein Vorzugsrecht zu verschaffen, beziehungsweise zu verhüten, daß andere Gläubiger durch Zwangsvollstreckung sich den Vorzug sicherten. Es fragt sich nun, ob anzunehmen, daß das Gesetz, indem es besagtes Pfandrecht verlieh, beabsichtigt haben könne, den Grund und Zweck des Arrestes zu ändern und in demselben das Mittel zu gewähren, den Vorzug vor konkurrirenden Gläubigern zu gewinnen. Nach allgemeinen Rechtsprinzipien, und dem vermuthbaren Zweck des Gesetzes ist diese Frage zu verneinen und vielmehr umgekehrt zu folgern, daß gerade deßhalb, weil jetzt mit der Arrestanlage ein Pfandrecht verbunden ist, es um so mehr nöthig und dem vermuthbaren Willen des Gesetzes entsprechend erscheint, den Arrest streng auf solche Fälle zu beschränken, wo Gefahr vorliegt, daß der Schuldner (unter Umständen auch ein unberechtigter Dritter) Vermögensstücke beseitige, beziehungsweise dem Zugriffe der Gläubiger entziehe. Auch die Reichskonkursordnung geht im allgemeinen von dem Grundsatze aus, daß das Vermögen des Schuldners das gemeinsame Pfand aller Gläubiger sei und gibt dem einzelnen Gläubiger das Mittel, eine ausgleichende, die Interessen aller Gläubiger berücksichtigende Befriedigung herbeizuführen, dadurch, daß es ihn befugt erklärt, im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners die Eröffnung des Konkurses zu beantragen (§§ 2. 94 und 95 K. O.). So lange eine Zahlungsunfähigkeit nicht vorliegt oder nicht zu Tage tritt, ist es nun allerdings dem einzelnen Gläubiger gestattet, sich durch Zugriff auf das Vermögen des Schuldners einen Vorzug vor anderen Gläubigern zu verschaffen, aber der Regel nach doch nur unter der Voraussetzung, daß er eine exekutionsreife Forderung hat und im Wege der ordnungsmäßigen Zwangsvollstreckung Vermögenstücke des Schuldners zu seiner Befriedigung in Beschlag nimmt (§ 709 C. P. O.). Es kann unmöglich Wille des Gesetzes sein, daß eine gleich allgemeine Befugniß auch solchen Gläubigern zu Theil werde, deren Forderungen nach Bestand und Betrag noch ungewiß, ja nicht einmal fällig sind; dies würde aber der Fall sein, wollte man auch die drohende Konkurrenz anderer Gläubiger als Arrestgrund gelten lassen. Jeder derartige Gläubiger würde auf Grund der Thatsache, daß andere Gläubiger Urtheil erwirkten und im Begriffe stehen zur Zwangsvollstreckung zu schreiten, schnell Arrest anlegen und hierdurch den Vorrang vor diesen Gläubigern sich sichern können, der ihm nach allgemeinen Rechtsprinzipien offenbar nicht gebührt. **Hieraus erhellt, daß § 797, wenn er von Vereitelung oder wesentlicher Erschwerung der Vollstreckung spricht, nur diejenige Vollstreckung im Auge hat, welche auf dem ordnungsmäßigen Wege hätte erlangt werden können, und sein Zweck nur ist, Handlungen**

Digitized by Google

des Schuldners oder dritter Personen zu verhindern, welche diese Vollstreckung zu vereiteln suchen. Das Gesetz trifft daher hauptsächlich nur Fälle, in denen durch die Arrestanlage Vermögensobjekte, die ohne dieselbe für die Gläubiger verloren gewesen wären, erhalten werden, und so aufgefaßt erhält auch die Bestimmung, daß die bloße Arrestanlage ein Pfandrecht bewirkt, welche außerdem ganz ungerechtfertigt wäre, ihre Grundlage. — Die schlimme Vermögenslage des Schuldners und die gerichtliche Verfolgung anderer Gläubiger sind an und für sich nicht geeignet, eine Arrestanlage zu rechtfertigen; es bezweckt der Arrest bloß Schutz gegen gefährdende Handlungen des Schuldners oder unberechtigter Dritter, aber nicht gegen die Konkurrenz anderer Gläubiger. (R. G. 25. II. 81.) (R. C. IV. (129.) 435.) R. C. III. (119.) 416—418. A. III. (153.) 541—544.

2. Der dingliche Arrest wird nicht schon durch Insuffizienz des Vermögens des Schuldners und drohende Konkurrenz anderer Gläubiger begründet, es muß vielmehr die Bestimmung im § 810, nach welcher die die Vollziehung des Arrestes ein Pfandrecht begründet, als die zutreffende anerkannt werden, weil es nicht in der Absicht des Gesetzes gelegen haben kann, dem Gläubiger die Möglichkeit zu eröffnen, sich durch Arrestanlage, ohne daß bereits ein vollstreckbares Urtheil vorliegt, ein Recht auf bevorzugte Befriedigung vor anderen Gläubigern zu verschaffen, auf welches er an sich keinen Anspruch hat. Es ist die Bestimmung des § 797 offenbar nur dahin aufzufassen, daß dem Gläubiger Schutz gewährt werden soll gegen Handlungen des Schuldners oder dritter Personen, welche darauf abzwecken, Vermögensobjekte der Vollstreckung des Urtheils zu entziehen, welche zu seiner Befriedigung heranzuziehen der den Arrest beantragende Gläubiger an sich befugt sein würde. (Entsch. des R. G. Bd. 3 Nr. 119, s. in Seuffert, Archiv Bd. 36 Nr. 249.) Entsch. des O. L. G. zu Celle vom 21. Dezember 1883. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 80 S. 119. 120.

3. Der Arrest hat nicht den Zweck, die Lage des Gläubigers gegenüber dem Vermögen des Schuldners zu verbessern, demselben größere Rechte zu gewähren, als ihm die Zwangsvollstreckung nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge gewähren würde, sondern beabsichtigt nur, eine drohende Veränderung der gegenwärtigen Sachlage zum Nachtheil des Gläubigers zu verhüten, insbesondere Handlungen des Schuldners zu verhindern, welche die Gefahr in sich bergen, daß ohne Arrest die Beitreibung der Geldforderung so, wie sie zur Zeit noch möglich wäre, künftig, wenn es zur Zwangsvollstreckung kommt, nicht mehr möglich oder doch erheblich erschwert sein würde. Das Gesetz will namentlich Vermögensobjekte, die ohne Arrestanlage für den Gläubiger verloren sein würden, erhalten und denselben dagegen schützen, daß solche durch den Schuldner beseitigt oder seinem Zugriffe entzogen werden. Ob eine derartige Gefahr begründet sei, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu beurtheilen, und hat das Gesetz, wie die Motive dazu klar erkennen lassen, absichtlich die Ausdrücke so allgemein gewählt und von einer näheren Spezialisirung abgesehen, um eine weitgehende Freiheit des richterlichen Ermessens je nach Lage der Verhältnisse Platz greifen zu lassen. Allein das Vorhandensein des Arrestgrundes sowie der Anspruch unter Angabe des Geldbetrags sind immerhin nach § 800 Abs. 2 der Civilprozeßordnung glaubhaft zu machen.

Digitized by Google

S. hierüber § 800. Urtheil des obersten L. G. f. Bayern vom 28. April 1886. S. XI. (160.) 414 f.

4. Die Bestimmung des § 810 der C. P. O., wonach der durch Pfändung bewirkte Arrest Pfandrecht mit den in § 709 angeführten Wirkungen begründet, wurde in der ersten und zweiten Lesung der Reichstagskommission beseitigt, weil durch dieselbe die Arrestanlage leicht als Mittel der Bevorzugung eines Gläubigers vor anderen Gläubigern benutzt werden könne. (Wilmowsky und Levy C. P. O. zu § 810 S. 930.) Diesem unberechtigten Streben kann nur durch Anwendung der größten Vorsicht bei Anordnung von Arresten und durch einschränkende Auslegung des § 797 entgegengetreten werden. **Nicht schlechte Vermögenslage des Schuldners oder drohende Konkurrenz anderer Gläubiger bilden hiernach einen Arrestgrund. Der Arrest bezweckt vielmehr Schutz gegen gefährdende Handlungen des Schuldners oder unberechtigter Dritter und gegen drohende Einwirkung äußerer Umstände. Der § 797 setzt voraus, daß durch die Arrestanlage Vermögensstücke, die ohne dieselbe für die Gläubiger verloren gewesen wären, erhalten werden.** In einem solchen Fall erscheint auch die Einräumung eines Pfandrechts gerechtfertigt, da hier durch die Bevorzugung des betreibenden Gläubigers eine Beeinträchtigung der übrigen Gläubiger nicht hervorgerufen wird. Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe vom 21. Februar 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 83 S. 118.

5. **Für die „Besorgniß" im Sinne des § 797 genügt es, wenn nach den obwaltenden Verhältnissen für die Verbringung des Vermögens ein Anlaß vorhanden zu erachten ist, ohne daß es darauf ankommt, ob dies in der Absicht, die Befriedigung der Gläubiger zu verhindern, geschehen soll oder nicht.** A. VIII. (115.) 436. 437.

6. **Arglist des Schuldners bei der Rechtsvertheidigung und das Anbringen zahlreicher Wechselgläubiger gegen denselben ist ein zulänglicher Arrestgrund.** (R. G. 6. XII. 81.) A. V. (20.) 92.

7. Abgesehen von der Bestimmung im Abs. 2 des § 797 enthält sich die C. P. O. der Aufzählung von Beispielen einer drohenden Vereitelung oder Erschwerung der Vollstreckung, inhaltlich der Motive „um der freien Beurtheilung des Gerichts keine Fesseln anzulegen". **Der Mangel an Liegenschaften oder die Armuth des Schuldners für sich allein bilden keinen Arrestgrund.** Zweck des Arrestes ist die Sicherung der Zwangsvollstreckung (§ 796). Wenn also **Einwirkung des Schuldners auf sein Aktivvermögen,** Verschwendung, Verschleppung, Veräußerung von Vermögensgegenständen, und damit zu besorgen ist, daß ohne Arrestverhängung die Vollstreckung des Urtheils vereitelt oder erschwert wird, so **sind die Voraussetzungen nach § 797** vorhanden. (Gaupp, C. P. O. Bd. 3 S. 451, Wilmowsky und Levy, S. 917.) Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe vom 24. Februar 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 83 S. 119.

§ 798. **§ 798.**

Der persönliche Sicherheitsarrest findet nur statt, wenn er erforderlich ist, um die gefährdete Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu sichern.

E. G. § 13 Nr. 1. R. G. v. 29./5. 68 § 2.

Digitized by Google

Anordnung.

§ 799.

§ 799.

Für die Anordnung des Arrestes ist sowohl das Gericht der Hauptsache als das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke der mit Arrest zu belegende Gegenstand oder die in ihrer persönlichen Freiheit zu beschränkende Person sich befindet.

§ 807 Abs. 2.

1. Unter dem **„Gerichte der Hauptsache"** in § 799 ist nicht bloß das Gericht zu verstehen, bei welchem die Hauptsache zur Zeit des Antrages auf Anordnung des Arrestes anhängig ist, sondern auch das Gericht, welches nach den allgemeinen Regeln über die sachliche und örtliche Zuständigkeit für die Hauptsache zuständig sein würde. Es unterliegt dies nach den Vorschriften in §§ 799 und 806 C. P. O. keinem Zweifel. (R. G. 20. VI. 82.) R. C. VII. (97.) 323. A. VI. (33.) 148. (R. C. IV. (114.) 407.)

2. **Die Zuständigkeit für die Anordnung des Arrestes kann dadurch begründet werden, daß der ausländische Arrestbeklagte eine Forderung gegen den Arrestkläger hat.** (R. G. 20. VI. 82.) R. C. VII. (97.) 321 ff. A. VI. (33.) 148. S. hierüber bei § 24 eodem.

3. Wenn im § 799 für die Anordnung des Arrestes das Gericht der Hauptsache für zuständig erklärt wird, so genügt es, daß zur Zeit des Antrages auf Anlegung des Arrestes die Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes für die Hauptsache begründet ist, und kann es **nicht entscheidend** sein, **daß möglicherweise die die Kompetenz begründenden Thatsachen in der Zeit zwischen der Anlegung des Arrestes und der Erhebung der Klage sich ändern.** (R. G. 20. VI. 82.) R. C. VII. (97.) 325. A. VI. (33.) 148.

4. **Die Widerspruchsklage gegen eine Arrestanlage ist bei dem Arrestgericht zu erheben.** Nach § 799 konkurriren ausschließlich (§ 707) für die Anordnung des Arrestes das Gericht der Hauptsache und dasjenige A. G., in dessen Bezirk der mit Arrest zu belegende Gegenstand sich befindet. Daß von diesen beiden Gerichten wiederum eines das andere dergestalt ausschließt, daß, wenn es sich lediglich um die Aufhebung des Arrestes handelt, nicht mit Uebergehung desjenigen Gerichts, welches den Arrest durch Beschluß angeordnet hat, das andere mittels selbständiger Klage angegangen werden kann, ergibt zur Genüge der Umstand, daß gegen einen Arrestbeschluß nur der Widerspruch (§ 804) zulässig ist und daß nach der Natur dieses uneigentlichen Rechtsmittels dasselbe nur bei demjenigen Gericht erhoben werden kann, welches die bezügliche prozessuale Anordnung getroffen hat. Daß dementsprechend die einschlägigen §§ 804—806 das Arrestgericht allein für zuständig angesehen haben wollen, erhellt schon aus der Bemerkung zum § 744 des Entwurfs in den Motiven: daß die Zuständigkeit des Arrestgerichts sich auch auf die weitere kontradiktorische Entscheidung über den Arrest erstrecke. (Vgl. Seuffert, Komm. zur C. P. O. 2. Aufl. S. 941 Anm. 2 zum § 805; Busch, Ztschr. für C. P. O. Bd. 1 S. 468; Merkel, Arrest S. 198.) Urtheil des O. L. G. zu Kiel vom 3. April 1883. S. A. Bd. 38 Nr. 293 S. 378. 379.

Digitized by Google

§ 800. **§ 800.**

Das Gesuch soll die Bezeichnung des Anspruchs unter Angabe des Geldbetrags oder des Geldwerths sowie die Bezeichnung des Arrestgrundes enthalten.

Der Anspruch und der Arrestgrund sind glaubhaft zu machen.

§ 266.

Das Gesuch kann von dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

1. **Bei der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit eines ohne vorgängige mündliche Verhandlung angeordneten Arrestes kann der Arrestgrund nicht nur in den in dem schriftlichen Arrestgesuche vorgetragenen Thatumständen gefunden werden, sondern auch in denjenigen Thatumständen, welche erst in der auf erhobenen Widerspruch stattfindenden mündlichen Verhandlung vorgetragen worden sind.** Der § 800 erfordert die Bezeichnung des Arrestgrundes nicht — wie z. B. der § 230 die Angabe des Klagegrundes — unter einem „muß", sondern unter einem „soll", und nach der Terminologie der C. P. O. hat das „muß" eine imperative, das „soll" dagegen nur eine bloß instruktionelle Bedeutung. Allerdings ist die Bezeichnung des Arrestgrundes schon für das schriftliche Arrestgesuch deßhalb unentbehrlich, weil über dasselbe ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden darf. Es kann daher sehr wohl die — auch in den Verhandlungen der Justizkommission (Prot. S. 427) angeregte — Frage entstehen, ob es nicht richtiger sei, die Bezeichnung des Arrestgrundes für das Arrestgesuch imperativ vorzuschreiben. Allein der Gesetzgeber hat, wie die Motive bemerken, das Arrestverfahren in Rücksicht auf die Dringlichkeit desselben möglichst frei gestalten wollen (Mot. zu § 745 des Entwurfs der C. P. O.) und es ist ihm deßwegen auch die Erforderung der Bezeichnung des Arrestgrundes mittels eines „muß" als zu scharf erschienen. (Prot. a. a. O.) Aus der angeführten Terminologie des Gesetzes folgt, daß die Vornahme einer durch ein bloßes „soll" vorgeschriebenen Prozeßhandlung, falls dieser Vorschrift nicht nachgekommen ist, noch so lange nachgeholt werden kann, als der fernere Verlauf des Prozesses hierzu Gelegenheit gewährt, — d. i. also, wenn die Entscheidung auf Grund einer mündlichen Verhandlung abgegeben wird, bis zum Schlusse dieser Verhandlung. Demnach ergibt sich: Hat der Arrestkläger in dem schriftlichen Arrestgesuche einen genügenden Arrestgrund nicht angegeben, so setzt er sich zwar einer sein Gesuch ohne mündliche Verhandlung abweisenden Entscheidung aus; wenn aber der Richter, was von seinem Ermessen abhängt, statt sofort zu entscheiden, zunächst eine mündliche Verhandlung anberaumt, so ist dem Arrestkläger unbenommen, die Bezeichnung des Arrestgrundes in der mündlichen Verhandlung zu verbessern und zu vervollständigen, und dasselbe muß auch dann gelten, wenn der Richter auf Grund des schriftlichen Arrestgesuches den Arrestbefehl erlassen hat und danach in Folge Widerspruches des Beklagten die mündliche Verhandlung stattfindet, denn die definitive Entscheidung über das schriftliche Arrestgesuch erfolgt auch in diesem Falle erst auf Grund der mündlichen Verhandlung. Diese Ordnung des Arrestverfahrens ist auch durchaus zweckentsprechend. Zur ausreichenden Darlegung des Arrestgrundes bedarf es häufig der Anführung einer größeren Reihe einzelner, sich gegenseitig illustrirender und ergänzender Thatumstände, und die Einreichung des Gesuches ist nicht selten so dringlich, daß dem Arrestkläger zu einer

Digitized by Google

sofortigen erschöpfenden Rechtfertigung desselben keine Zeit bleibt. Dürfte er mit der in der mündlichen Verhandlung nachgeholten vollständigeren Substanziirung seines Gesuches nicht gehört werden, so würde er bei Verwerfung desselben Gefahr laufen, mit der Einreichung eines neuen, besser begründeten Gesuches seinem böswilligen Schuldner gegenüber zu spät zu kommen und somit seines guten Rechtes gänzlich verlustig zu werden; dagegen ist der Arrestbeklagte durch die Zulassung einer besseren thatsächlichen Begründung des Gesuches in der mündlichen Verhandlung in keiner Weise gefährdet, denn seinem berechtigten Interesse geschieht volles Genüge dadurch, daß er im Falle eines neuen, ihm nicht vorher durch einen Schriftsatz mitgetheilten Vorbringens berechtigt ist, Vertagung der Verhandlung zu beantragen. (Vgl. Struckmann, Komm. § 123 Note 1; Seuffert, Komm. § 245 Note 2.) — (R. G. 23. IX. 81.) R. C. V. (98.) 364—367. A. IV. (100.) 333—336.

2. **Das Mitglied einer auf Gegenseitigkeit beruhenden Versicherungsgesellschaft darf auch wegen seiner Sonderrechte keinen ihm ein Vorzugsrecht gewährenden Arrest in das Vermögen der Gesellschaft nachsuchen.** Das Wesen einer solchen Gesellschaft besteht darin, daß die Versicherten zugleich die Versicherer sind, durch die Versicherung Mitglieder der Gesellschaft werden und sich wechselseitig verpflichten, die seitens der einzelnen Mitglieder versicherten Beträge zu decken. Hiernach ist das Recht, welches ein Mitglied durch die Versicherung gegen die Gesellschaft, wenn auch in bedingter Weise, auf die Auszahlung der Versicherungssumme nach seinem Tode erworben hat, untrennbar verbunden mit seiner Eigenschaft als Mitglied der Gesellschaft; die von ihm durch die Versicherung erworbene Berechtigung kann von ihm immer nur in dieser Eigenschaft als Gesellschaftsmitglied geltend gemacht werden, und bei der Verfolgung jenes Rechts steht er sowohl den anderen Mitgliedern als den etwa vorhandenen Gläubigern der Gesellschaft eben nur als Mitglied der letzteren gegenüber. Hieraus folgt, daß ein Mitglied nicht wegen eines Rechtes, welches ihm als Gesellschaftsmitglied zusteht, auch nicht wegen eines aus dieser Mitgliedschaft fließenden Sonderrechts eine Maßregel beim Gericht beantragen darf, welche ihm ein Vorzugsrecht vor anderen Mitgliedern oder gar vor den wirklichen Gläubigern der Gesellschaft schafft. Die Vollziehung des Arrestes erzeugt ein Pfandrecht gemäß §§ 709, 810 der R. C. P. O., gibt also einem arrestirenden Mitgliede ein Vorzugsrecht vor den anderen Mitgliedern und den Gläubigern der Gesellschaft, und ist, da es einen solchen Vorzug nicht zu beanspruchen hat, vielmehr von dessen Erwerbe ausgeschlossen ist, unzulässig. (R. G. 9. I. 82.) A. V. (47.) 205.

3. **Wenn der Arrestkläger Sicherheit bestellt, so genügt eine Behauptung des Arrestgrundes. Mit dessen Beweis ist er zu verschonen.** (R. G. 6. XII. 81.) A. V. (20.) 92.

4. **Es kann nicht bezweifelt werden, daß auch der Begründung eines Antrags auf Anordnung einer einstweiligen Verfügung gegenüber die Gegenpartei berechtigt ist, von jenen Behelfen Gebrauch zu machen, mit welchen sie den Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen einer solchen Verfügung darthun zu können glaubt.** Es geht aber nicht an, jenem Antrage mit einer auf das Nichtbestehen des Rechtes selbst, zu dessen Sicherung eine einstweilige Verfügung erwirkt werden soll, gerichteten weitläufigen Be-

Digitized by Google

weisführung entgegen zu treten. Es kann das Bestehen des Anspruchs auf der einen und das Nichtbestehen desselben auf der anderen Seite glaubhaft gemacht sein. Da aber verschiedene Grade der Glaubwürdigkeit bestehen, so schließt das eine nicht nothwendig das andere aus. Nur der Beweis des Nichtbestehens des Rechts würde der Annahme einer für die einstweilige Verfügung erforderlichen Glaubhaftmachung des zu sichernden Anspruchs entgegenstehen. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 17. März 1886. S. XI. (139.) 362. 363.

5. Ueber **Glaubhaftmachung** s. § 266 ad R. A. III. (386.) 801 bis 804. R. St. V. (91.) 262—266.

6. **Mehr als Glaubhaftmachung wird nicht erfordert, es ist ein strenger Beweis nicht zu verlangen und nicht über denselben umständlich zu verhandeln,** vielmehr genügt es, wenn die als nothwendige Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit des Arrestes vorgetragenen Verhältnisse, insbesondere die Befürchtung der Verschleppung von Vermögensobjekten, nach der subjektiven Ansicht des Richters als glaubwürdig sich darstellen, da das Maß der Glaubhaftmachung sich nicht nach allgemeinen Prinzipien bestimmen läßt, sondern nur mit Rücksicht auf den einzelnen Fall bemessen werden kann, außerdem die Entscheidung über das Vorhandensein des Anspruchs nach Höhe und Umfang dem Hauptverfahren vorbehalten bleibt. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 28. April 1886. S. XI. (160.) 414.

7. **Zur Begründung eines Arrestgesuches kann die Glaubhaftmachung des Anspruchs und des Arrestgrundes durch eidesstattliche schriftliche Versicherungen von Zeugen geliefert werden.** (R. G. 1./5. XII. 82.) S. hierüber bei § 266 ad R. A. IV. (385.) 861—864. R. St. VII. (87.) 287—292. A. VII. (34.) 112—115.

8. Rücksichtlich der **Glaubhaftmachung des Bestehens der zu sichernden Forderung** ist im Arrestverfahren nicht der Beweis des Bestehens der Forderung zu verlangen und hat das Gericht über denselben nicht vollständig zu verhandeln und zu entscheiden, sondern es ist auf eine Kognition über den Anspruch selbst nur insoweit einzugehen, als es sich um das Erforderniß der Glaubhaftmachung handelt. Das Maß der erforderlichen Bescheinigung des Anspruches läßt sich nicht allgemein bestimmen, sondern es muß dem Richter überlassen bleiben, mit Rücksicht auf die Verhältnisse des einzelnen Falles zu ermessen, ob die vorgebrachten und bescheinigten Thatsachen geeignet sind, das Vorhandensein einer Forderung genügend wahrscheinlich zu machen. Die Entscheidung über die Existenz der Forderung, zu deren Sicherung der Arrest nachgesucht wird, ist dem Hauptverfahren vorbehalten. (R. G. 20. VI. 82.) R. C. VII. (97.) 326.

9. **Die zur Glaubhaftmachung eines Arrestgrundes dem Civilrichter vorgelegten Bescheinigungen von Zeugen über die ihnen innewohnende Wissenschaft sind Urkunden.** (R. G. 16. XII. 81.) R. A. III. (386.) 803. 804. R. St. V. (91.) 265. 266.

§ 801. **§ 801.**

Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Das Gericht kann, auch wenn der Anspruch oder der Arrestgrund nicht glaubhaft gemacht ist, den Arrest anordnen, sofern wegen der dem Gegner drohenden Nachtheile eine nach freiem Ermessen zu bestimmende Sicherheit geleistet wird. Es kann

Digitized by Google

die Anordnung des Arrestes von einer solchen Sicherheitsleistung abhängig machen, selbst wenn der Anspruch und der Arrestgrund glaubhaft gemacht sind.

Ger. K. G. § 35 Nr. 4. R. A. G. O. § 23 Nr. 1.

1. **Der § 801 der R. C. P. O. bezieht sich auch auf Personalarrest.** Nach dem ganzen Zusammenhang der Bestimmung in §§ 796 ff. der R. C. P. O. betreffen dieselben, soweit sie nicht (wie die in §§ 797, 810 und 811) ausdrücklich nur den Realarrest im Auge haben, ebensowohl den persönlichen als den dinglichen Arrest. Insonderheit ist nicht abzusehen, inwiefern eine Sicherstellung gegen die vom Personalarrest drohenden Nachtheile nicht möglich oder inwiefern von einer unerträglichen Erweiterung der richterlichen Diskretion dann die Rede wäre, wenn die Verhängung des Personalarrestes nicht von der Glaubhaftmachung der Forderung und deren Gefährdung abhängig gemacht würde. Die Freiheit des richterlichen Ermessens war gerade auf dem Gebiete des Arrestes und der einstweiligen Verfügungen möglichst wenig zu beschränken, weil von ihr die Wirksamkeit der Anordnung selbst abhing. Und wenn die Leistung von Sicherheiten einerseits dem Schuldner Schadloshaltung im Falle unbegründeter Ansprüche garantirt, so gewährt sie andererseits auch eine gewisse Bürgschaft für die Begründung der letzteren, da sie, wie die Motive bemerken, fast ausnahmslos darauf schließen läßt, daß weder der Anspruch jeder Begründung entbehrt, noch eine causa arresti mangelt. Dies gilt aber gleichmäßig für Real- wie für Personalarreste, und es fehlt daher auch an inneren Gründen, die Vorschrift des § 801 auf letztere nicht zu beziehen. (R. G. 27. IX. 81.) A. IV. (99.) 332. 333.

2. Nach dieser Bestimmung kann das Gericht den Arrest auch anordnen, **wenn dem Erforderniß des § 800**, daß der Anspruch und der Arrestgrund glaubhaft zu machen seien, **nicht genügt ist.** (R. G. 20. VI. 82.) R. C. VII. (97.) 326.

3. **Ein Arrestgesuch oder ein Gesuch um Erlassung einer einstweiligen Verfügung darf, wenn das Gericht findet, daß dem Gesuche stattzugeben sei, sofern Sicherheit geleistet werde, wegen nicht angebotener Sicherheit nicht ohne Weiteres abgewiesen werden, es ist vielmehr solchenfalls eine Entscheidung abzugeben, in welcher die Anordnung des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung von der zu bestimmenden Sicherheit abhängig gemacht wird.** Erfolgt die Entscheidung über das Gesuch ohne mündliche Verhandlung, so ist nicht zweifelhaft, daß, wenn das Gericht der Meinung ist, daß dem Antrage nur nach vorgängiger Sicherheitsleistung stattzugeben sei, dies in einem zu erlassenden Beschlusse auszusprechen und gleichzeitig deren Art und Betrag zu bestimmen ist. In dieser Weise sind Arrestgesuche während der Herrschaft der älteren Prozeßgesetze behandelt worden. Auch nach der hannover'schen Prozeßordnung vom 8. November 1850 hatte das Gericht, wenn die Sachlage die Bestellung einer Sicherheit vor Verhängung des Arrestes oder dem Erlasse der einstweiligen Verfügung nothwendig erscheinen ließ, durch Vorverfügung die Sicherheitsleistung anzuordnen (§§ 514. 522 a. a. O.). Ein ausreichender Grund, den Fall, wenn auf Grund mündlicher Verhandlung entschieden wird, anders zu behandeln, als den Fall, in welchem die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ergeht, liegt nicht vor. Die gesetzlichen Bestimmungen nöthigen nicht, eine solche Unterscheidung zu machen. Für die Anwendung der in

Digitized by Google

Frage stehenden Rechtsnorm spricht auch die Erwägung, daß nach dem Schlußsatze des § 801 a. a. O. das Gericht die Anordnung des Arrestes, selbst wenn Anspruch und Arrestgrund glaubhaft gemacht sind, von einer Sicherheitsleistung abhängig machen kann. Es würde sich also, wenn die Unterlassung des Angebotes der Sicherheitsleistung bei unterbliebener Glaubhaftmachung des Arrestgrundes die Zurückweisung des Gesuches zur Folge haben müßte, fragen, ob auch in dem Falle, wenn das Gericht bei Glaubhaftmachung des Anspruches und des Arrestgrundes die Bestellung einer Sicherheit für erforderlich erachtet, die Unterlassung des Angebotes der Sicherheitsleistung zu einer Zurückweisung des Gesuches zu führen hätte, oder ob dieser Fall anders zu behandeln wäre, als der Fall des Mangels der Glaubhaftmachung. Die Wortfassung des § 801 a. a. O. spricht dafür, daß beide Fälle gleich behandelt werden. Dann aber ist für beide Fälle anzunehmen, daß, wenn das Gericht bei Prüfung der Sachlage zu der Annahme kommt, daß der Arrest oder die einstweilige Verfügung anzuordnen sei, sofern angemessene Sicherheit geleistet werde, das Gesuch nicht zurückgewiesen werden dürfe, vielmehr ausgesprochen werden müsse, daß die Anordnung des Arrestes oder der Verfügung von der zu bestimmenden Sicherheitsleistung abhängig gemacht werde. (R. G. 23. V. 84.) R. C. XII. (103.) 366–368. A. X. (101.) 415—417.

4. **Wenn ein Arrestsucher, ohne vorgängige richterliche Aufforderung, freiwillig eine Arrestkaution bestellt, so ist anzunehmen, daß er eben Dasjenige thut, was er zu thun haben würde, wenn das Gericht die Anordnung des erbetenen Arrestes gemäß § 801 Abs. 2 der R. C. P. O. von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht hätte.** (R. G. 7. VI. 82.) S. hierüber bei § 805 ad A. VI. (90.) 398.

5. Zur Begründung des Anspruchs auf Rückzahlung einer zum Zwecke einer Arrestvollstreckung bestellten Sicherheitsleistung nach Wegfall des Arrestes genügt, wie auch von dem vormaligen R. O. H. G. (Entsch. Bd. 24 S. 365, vgl. Bd. 17 S. 399) bezüglich der zur Sicherstellung möglicher künftiger Ansprüche hinterlegten Kautionen anerkannt wurde, die Darlegung, daß die Veranlassung der Sicherheitsleistung hinweggefallen sei, wogegen **dem Sicherheitsbesteller der Beweis, daß keine Ansprüche gegen ihn entstanden seien, für welche die bestellte Sicherheit haftet, nicht zuzumuthen, sondern von dem Gegner einredeweise darzulegen und nöthigenfalls zu beweisen ist, daß ein solcher Anspruch entstanden und hiermit die Voraussetzung, unter welcher ihm ein Recht an der Kaution eingeräumt worden, eingetreten sei.** (R. G. 7. VI. 82.) A. VI. (90.) 394.

6. **Die Aufhebung des Arrestes durch Beschluß auf Antrag des Arrestklägers selbst, behufs Zurückgabe der Arrestkaution, ist nicht statthaft.** Ist an sich ein auf Antrag des Arrestklägers zu erlassender Aufhebungsbeschluß nach dem Gesetze nicht möglich, so ist nicht abzusehen, inwiefern hier durch einen Aufhebungsbeschluß etwas geändert werden sollte. Die Möglichkeit von Schadensansprüchen des Arrestbeklagten auf Grund der einmal erlangten Arrestanordnung, für welche das hinterlegte Geld als Sicherheit zu dienen bestimmt ist, würde, falls sie überhaupt als bestehend anzuerkennen, und in ihr ein Grund, das hinterlegte Geld nicht ohne Zustimmung des Arrestbeklagten oder ein dieselbe ersetzendes Urtheil zurückzugeben zu finden sein sollte, durch einen die Aufhebung des Arrestes aus-

Digitized by Google

sprechenden Gerichtsbeschluß nicht beseitigt werden. (R. G. 29. X. 84.) R. C. XV. (126.) 430. 431.

7. **Eine nach § 801 C. P. O. dem Beklagten bestellte Arrestkaution** (vgl. Entsch. des R. G.'s Bd. 7 Nr. 116 S. 381) **kann nicht eher zurückgegeben werden, als bis feststeht, daß von dem Beklagten Ansprüche an dieselbe nicht zu erheben sind.** Wenn eine Kaution wegen des Mangels einer genügenden Bescheinigung der Forderung des Klägers, seines Arrestanspruches, bestellt worden ist, so ist allerdings durch eine in der Hauptsache erfolgte rechtskräftige Verurtheilung des Beklagten der Fall, für welchen die Kaution zu haften hatte, beseitigt, und kann die bestellte Arrestkaution sofort zurückgegeben werden. Wenn aber die Kaution bestellt wurde zur Ergänzung der ungenügenden Glaubhaftmachung des Arrestgrundes, so haftet sie dem Beklagten wegen der von ihm für den Fall, daß der geltend gemachte Arrestgrund nicht bestanden hat, etwa zu begründenden Ansprüche auf Ersatz des ihm durch die ungerechtfertigte Erwirkung des Arrestes verursachten Schadens. Wenn auch der Beklagte gegen den Arrestbeschluß keinen Widerspruch erhoben hat, so steht dies der Möglichkeit solcher Ansprüche nicht entgegen, weil die Unterlassung des Widerspruches nicht als Zugeständniß des Arrestgrundes, sondern nur als Unterwerfung unter die gegen Sicherheitsleistung erfolgte Verhängung des Arrestes aufgefaßt werden kann. **Durch die Rechtskraft eines in der Hauptsache ergangenen Urtheiles ist zwar der formell noch fortbestehende dingliche Arrest, da die Wirksamkeit desselben nicht über diejenige der nunmehr zulässigen Zwangsvollstreckung hinausgreift, für die Zukunft bedeutungslos geworden; es ist aber die Möglichkeit vorhanden, daß der Beklagte durch den Arrest schon vorher Nachtheile erlitten hat, wegen deren er die Kaution in Anspruch zu nehmen vermag. Die Entscheidung über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein solcher Ansprüche gehört nicht zu den Aufgaben des Arrestgerichtes; sie kann von dem einen, wie von dem anderen Theile nur im Wege der Anstellung einer entsprechenden besonderen Klage herbeigeführt werden. Demnach kann der Kläger den zur Begründung seines Gesuches um Rückgabe der Kaution erforderlichen Nachweis, daß von dem Beklagten Ansprüche an dieselbe nicht zu erheben sind, nicht anders erbringen, als entweder durch die Beibringung der Einwilligung des Beklagten oder durch die Vorlegung eines denselben zur Ertheilung seiner Einwilligung verpflichtenden, bezw. die Nichtexistenz von Ansprüchen desselben an die Kaution feststellenden rechtskräftigen Urtheils.** (R. G. 25. IV. 84.) R. C. XI. (115.) 430. 431.

8. Aus der selbständigen Auszahlung erwächst für die Hinterlegungsstelle die Gefahr, die Zahlung noch einmal leisten zu müssen, falls später im Prozeßwege festgestellt wird, daß der Empfänger zur Zeit der Auszahlung nicht empfangsberechtigt war, und gegen diese Gefahr **wird sich die Hinterlegungsstelle bei einzelnen Arten der Hinterlegung nicht anders schützen können, als wenn vor der Auszahlung die Person des Empfangsberechtigten durch übereinstimmende Willenserklärung oder durch ein die Empfangsberechtigung feststellendes Urtheil bestimmt ist.** (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 11 S. 321 über den Fall der Hinterlegung aus § 801 C. P. O., sowie auch Bd. 12 S. 394 ff. (R. G. 2. V. 87.) R. C. XVIII. (61.) 286.

Digitized by Google

9. **Zwischen Demjenigen, welcher gemäß § 801 C. P. O. eine Geldsumme zur Sicherstellung des Arrestaten zur staatlichen Hinterlegungsstelle einzahlt, und dem Staate besteht kein Vertrag im Sinne des § 9 A. L. R. I. 14.** Diese Geldsumme wird vielmehr gemäß § 801 C. P. O. auf Anordnung des Arrestgerichtes, als von diesem Gerichte (wegen der dem Arrestaten durch den anzulegenden Arrest drohenden Nachtheile) bestimmte Sicherheit, an die als Hinterlegungsstelle verwaltete Staatskasse bezahlt, und durch die Annahme geht das eingezahlte Geld in das Eigenthum des Staates über, wogegen dieser Staat dem zum Empfange des Geldes aus seiner Kasse Berechtigten zu der einstigen Auszahlung eines gleichen Geldbetrages verhaftet wird. Der betreffende Empfangsberechtigte ist der Gläubiger des Staates. Ob aber im Falle der Hinterlegung in Gemäßheit des § 801 C. P. O. der Arrestsucher, welcher die betreffende Geldsumme bei der Staatskasse eingezahlt hatte, oder Derjenige, gegen welchen der betreffende Arrest angelegt worden war, der zum Empfange derjenigen dem Betrage des zur Staatskasse eingezahlten Geldes, vermehrt um den Betrag der bis zur Auszahlung zu berechnenden Hinterlegungszinsen sei, das steht ganz dahin, bis die Person des Empfangsberechtigten durch übereinstimmende Willenserklärung des Arrestsuchers und Arrestaten, oder durch ein rechtskräftiges, die Berechtigung zum Empfange feststellendes richterliches Urtheil bestimmt ist. Unter Umständen kann die Empfangsberechtigung in Bezug auf einen Theil der von der Staatskasse auszuzahlenden Summe für den Arrestsucher, in Bezug auf den anderen Theil für Denjenigen entstehen, gegen welchen der Arrest angelegt war. **Die Aufhebung des angelegten Arrestes durch rechtskräftiges Urtheil gibt dem Arrestsucher nicht das geringste Recht auf Empfang der gemäß § 801 C. P. O. hinterlegten Geldsumme.** Wenn die Staatsbeamten, welche die betreffende Staatskasse verwalten, bei welcher die Hinterlegung gemäß § 801 C. P. O. erfolgt war, dem Arrestsucher den Betrag der hinterlegten Geldsumme nebst Hinterlegungszinsen auf Grund des von ihm lediglich auf Grund des rechtskräftigen Urtheiles, durch welches der auf sein Gesuch angelegte Arrest aufgehoben ist, gestellten Antrages auszahlen, so erfüllen dieselben dadurch nicht eine (sei es auch nur moralische) Verbindlichkeit des Staates gegenüber dem Arrestsucher, sondern sie handeln wider das Gesetz und ihre amtliche Pflicht, während der Arrestsucher durch die Empfangnahme des ihm in dieser Weise ausgezahlten Geldes einen Vortheil erlangt, auf welchen derselbe gar kein Recht hat. Dasselbe kann deßhalb mit einer Kondiktion von dem Vertreter der staatlichen Hinterlegungsstelle zurückverlangt werden. (R. G. 17. V. 84.) R. C. XI. (73.) 319—324.

10. **Der Arrestkläger hat bei Aufhebung eines von ihm beantragten Arrestes, wegen Unbegründetheit desselben, dem Arrestbeklagten die Kosten der Arrestlegung, des Widerspruchs gegen diese, der Vollziehung des Arrestes und eventuell der Versteigerung der Arrestgegenstände, endlich die Kosten der Zurückbringung dieser Gegenstände in den Besitz des Schuldners, zu tragen bezw. zu erstatten. Ein weiterer Schadenanspruch des Schuldners ist jedoch nur im Falle eines dem Kläger zur Last fallenden bösen Vorsatzes oder schuldhaften Versehens begründet und nach Landesrecht zu beurtheilen.** (R. G. 7. VI. 82.) S. hierüber bei § 805 ad A. VI. (90.) 394—400.

11. **Der Entschädigungsanspruch des Arrestaten ist nur im Falle eines**

Digitized by Google

dem Arrestleger zur Last zu legenden bösen Vorsatzes oder schuldbaren Versehens begründet. Aus der Civilprozeßordnung kann die unbedingte Verpflichtung des Arrestlegers zum Ersatze des durch ungerechtfertigte Arrestanlage verursachten Schadens nicht hergeleitet werden. Sie ergibt sich nicht aus § 87 C. P. O., dessen Anwendung dahin führen würde, daß der Arrestleger nicht bloß dann, wenn die Arrestanlegung von vornherein ungerechtfertigt war, sondern überhaupt im Falle seines Unterliegens für ersatzpflichtig erklärt werden müßte. Die Vorschrift des § 87 betrifft nur die Prozeßkosten, d. h. die zum Zwecke der Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung im Rechtsstreite aufgewendeten Kosten, welche als Accessorium des Streitgegenstandes behandelt und deßhalb der Partei auferlegt werden, welche in der Hauptsache unterliegt. Sie betrifft dagegen nicht die nur mittelbar durch den Rechtsstreit verursachten Schäden. Schadensersatzansprüche wegen derartiger Nachtheile liegen, wie die Motive zu §§ 85—87 des Entwurfes der Civilprozeßordnung hervorheben, außerhalb des Prozeßkostenersatzes und können nicht schon durch die bloße Thatsache des Obsieges im Rechtsstreite begründet, sondern nur auf weitere, die Schadensersatzpflicht begründende Umstände gestützt werden. (S. hierüber § 808 ad R. C. VII. (116.) 376. 377.) **Was insbesondere diejenigen Schäden betrifft, welche dem Schuldner, abgesehen von den Prozeßkosten, durch Anlegung des Arrestes erwachsen, so ist in der Civilprozeßordnung nicht bestimmt, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger, welcher den Arrest erwirkte, zum Ersatz desselben verpflichtet ist. Die Entscheidung dieser Frage gehört den bürgerlichen materiellen Rechten an.** Aus der Geschichte der Civilprozeßordnung ergibt sich, daß man diese Frage absichtlich unentschieden gelassen hat. Schon bei Berathung einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund (Protokolle S. 1176) wurde erwogen, ob es nicht erforderlich sei, die Entschädigungspflicht des Arrestklägers bei widerrechtlich angelegtem Arreste zu regeln, wobei die Ansichten dahin auseinandergingen, daß von der einen Seite der Grundsatz unbedingter Entschädigungspflicht, von anderer Seite die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Diligenz eines ordentlichen Mannes, von dritter Seite die Aufstellung einer Beweislastregel dahin, daß der Arrestkläger entschädigungspflichtig sei, wenn er nicht den Beweis der Schuldlosigkeit führe, empfohlen wurde. Es wurde jedoch beschlossen, eine Bestimmung über die Entschädigungspflicht des Arrestklägers in den Entwurf der Civilprozeßordnung nicht aufzunehmen, nachdem hervorgehoben worden war, daß die Frage nicht sowohl dem Prozeßrechte, als vielmehr dem bürgerlichen Rechte angehöre, welches dieselbe im Zusammenhang mit dem bezüglich der Haftung für Verschulden bestehenden obligationenrechtlichen System in den einzelnen Bundesstaaten in sehr verschiedener Weise regeln. Denselben Standpunkt nehmen alle späteren Entwürfe der Civilprozeßordnung ein, und insbesondere ist in den Motiven zu §§ 749. 750 des dem Reichstage vorgelegten und demnächst zum Gesetze erhobenen Entwurfes ausdrücklich bemerkt, daß die Frage als eine dem materiellen Rechte angehörige unentschieden bleiben solle. **Beim Mangel einer reichsgesetzlichen Vorschrift kommt demnach das Landesrecht in Anwendung, und entscheidet hinsichtlich der Schadensersatzpflicht des Arrestlegers das Recht des Ortes, wo durch den Arrest ein Eingriff in das Vermögen des Arrestaten begangen wurde.**

Digitized by Google

Mag die Entschädigungspflicht des Klägers schon durch die objektive Widerrechtlichkeit des Arrestes begründet oder außerdem durch ein Verschulden bedingt sein, jedenfalls erscheint sie als eine vom Gesetze mit dem begangenen Eingriffe in das Recht eines Anderen verknüpfte Folge und ist deßhalb nach dem Rechte des Ortes zu beurtheilen, wo dieser Eingriff begangen worden sein soll. (Wie diese Frage im Gebiete des preußischen Rechts zu entscheiden ist, hierüber s. R. C. VII. (116.) 378—380.) **Besteht hiernach eine gesetzliche Verpflichtung des Arrestlegers zum Schadensersatze nur unter der Voraussetzung eines ihm zur Last zu legenden bösen Vorsatzes oder schuldbaren Versehens, so kann auch in der Stellung der Arrestkaution durch denselben die Uebernahme der unbedingten Verpflichtung zum Ersatze des dem Arrestaten durch die Arrestanlegung erwachsenden Schadens nicht gefunden werden.** Wenn ein Arrestsucher, ohne vorgängige richterliche Aufforderung, freiwillig eine Arrestkaution bestellt, so ist anzunehmen, daß er eben Dasjenige thut, was er zu thun haben würde, wenn das Gericht die Anordnung des erbetenen Arrestes gemäß § 801 Abs. 2 C. P. O. von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht hätte. Es ist anzunehmen, daß er zur Beschleunigung des Verfahrens der Aufforderung des Gerichtes, eine Sicherheit zu bestellen, zuvorkommt, nicht aber ohne besonderen Grund, daß er durch Stellung der Sicherheit mehr thun wollte, als das Gericht kraft der Prozeßordnung von ihm zu fordern berechtigt war. Die Bedeutung der vom Arrestsucher gestellten Sicherheit ergibt sich demnach aus der Bedeutung derjenigen Sicherheit, welche § 801 Abs. 2 C. P. O. dem Gerichte zu fordern gestattet. — Ueber die **Bedeutung der Arrestkaution nach § 801 Abs. 2 der R. C. P. O.** Folgendes: Man könnte die Bestimmung des § 801, daß die Leistung einer nach freiem Ermessen des Gerichtes zu bestimmenden Sicherheit wegen der dem Gegner drohenden Nachtheile verlangt werden darf, dahin verstehen, daß das Gericht von dem Arrestsucher die Uebernahme der Gefahr der Arrestanlegung, mithin ein unbedingtes Versprechen des Ersatzes des dem Gegner durch ungerechtfertigte Arrestanlegung entstehenden Schadens, und deßhalbige Sicherheitsleistung verlangen dürfe. Für diese Auslegung des § 801 könnte geltend gemacht werden, daß nur eine derartige Sicherheitsleistung, welche dem Schuldner unter allen Umständen für den Fall widerrechtlicher Beschädigung durch den Arrest den Ersatz seines Schadens sichert, für das Gericht einen Beweggrund abgeben könne, die Arrestanlegung zu bewilligen, wenn weder der Anspruch des Arrestsuchers, noch der Arrestgrund glaubhaft gemacht ist, oder wenn zwar diese Glaubhaftmachung nicht mangelt, aber die Arrestanlegung deßhalb bedenklich erscheint, weil dem Schuldner in Folge derselben ein unverhältnißmäßiger Schade droht (vgl. die Motive zu §§ 745. 746 des Entwurfes der Civilprozeßordnung). Auch könnte zur Unterstützung dieser Auslegung darauf hingewiesen werden, daß die Arrestkaution ihrer geschichtlichen Entwickelung nach ursprünglich dem Richter geleistet wurde, um ihn gegen Entschädigungsansprüche des Schuldners zu sichern, für die Frage aber, ob der Richter den Arrest ohne genügenden Grund angelegt habe, nichts darauf ankomme, ob der Arrestsucher arglistig oder schuldhaft handelte, weßhalb Prozeßualisten und Gerichtsordnungen des 17. und 18. Jahrhunderts die Arrestkaution als schlechthin in casum succumbentiae

Digitized by Google

geleistet bezeichnen, ohne ihre Wirkung auf den Fall eines Verschuldens des Arrestsuchers einzuschränken (vgl. z. B. Wismar. Ger. O. v. 1637 III. 3 § 4, Cellische Oberappellationsgerichtsordnung v. 1713 IV. 16 § 2). Es mag dahin gestellt bleiben, ob die Geschichte der Arrestkaution zu dem gedachten Ergebniß führt oder ob, wie das Oberappellationsgericht zu Rostock (Entsch. Bd. 2 S. 227) ausführt, im Gegentheile die Geschichte derselben den Beweis liefert, daß die Kaution niemals den Zweck hatte, einen Entschädigungsanspruch des Impetraten selbständig zu begründen. Es kann hiervon abgesehen werden, weil die Arrestkaution, welche noch in der A. G. O. I. 29. § 30 als zur Deckung sowohl des Richters als des Arrestandi dienend bezeichnet wird, in der Civilprozeßordnung als eine lediglich dem Schuldner bestellte Sicherheit erscheint, mithin diejenigen Schlüsse wegfallen, welche aus ihrer Eigenschaft als einer dem Richter bestellten Sicherheit gezogen werden konnten. Kommt demnach nur der Wortlaut des § 801 C. P. O. und die demselben zu Grunde liegende gesetzgeberische Absicht in Betracht, so kann die vorgedachte Auslegung desselben nicht für richtig erachtet werden. Es ist dem Gerichte nicht die Befugniß beigelegt, von dem Arrestsucher die Uebernahme einer Verpflichtung zu fordern, welche ihm nach dem Gesetze nicht obliegt. **Vielmehr ist nur gestattet, wegen der dem Gegner drohenden Nachtheile oder, vollständiger ausgedrückt, wegen Erfüllung der dem Arrestsucher obliegenden Verbindlichkeit, zum Ersatze des dem Gegner in Folge der Arrestanlegung entstehenden Schadens Sicherheitsleistung zu verlangen. Durch den Zusatz, daß diese Sicherheit nach freiem Ermessen des Gerichtes zu bestimmen sei, ist weiter nichts ausgesprochen, als daß die im § 101 bezüglich der Wahl der Kautionsmittel bei Bestellung einer prozessualischen Sicherheit angeordnete Beschränkung bei der Arrestkaution nicht anwendbar ist. Die Befugniß des Gerichtes besteht also nur darin, zu bestimmen, ob, in welcher Höhe und mit welchen Mitteln der etwaige Entschädigungsanspruch des Schuldners sicherzustellen ist. Ob und unter welchen Voraussetzungen dem Schuldner ein solcher Anspruch zusteht, bestimmt nicht der Richter, sondern das Gesetz, und zwar, da die Civilprozeßordnung darüber nichts vorschreibt, das Landesgesetz.** Es ist auch nicht abzusehen, was den Gesetzgeber bestimmt haben sollte, dem Richter die Befugniß beizulegen, die Uebernahme einer im Gesetze nicht begründeten Verpflichtung als Bedingung der Gewährung des Arrestgesuches aufzustellen. Wenn eine Bestimmung dieses Inhaltes sich für den Fall wohl rechtfertigen ließe, daß der Arrestsucher den gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich der Glaubhaftmachung seines Anspruches und des Arrestgrundes nicht genügt hat, so kann doch hierin der wesentliche Grund der Vorschrift im § 801 Abs. 2 nicht gefunden werden, weil die völlig gleiche Befugniß dem Gerichte auch für den Fall beigelegt ist, daß der Arrestsucher den gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich der Glaubhaftmachung genügt hat. Wäre es die Absicht des Gesetzgebers gewesen, das richterliche Ermessen darüber entscheiden zu lassen, ob der Arrestsucher die Gefahr der Arrestanlage zu übernehmen habe, so würde er nicht unterlassen haben, dieser Absicht im Gesetze einen deutlichen Ausdruck zu geben und in den Motiven zum Entwurfe des Gesetzes die Gründe darzulegen, welche ihn zu solcher Bestimmung veranlaßten; es würde dies um so weniger unterlassen

Digitized by Google

worden sein, da die Bestimmungen der preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung über die Arrestkaution (I. 29. §§ 31. 37) anders, nämlich dahin verstanden wurden, daß sie die Entnehmung der Genugthuung des Arrestaten aus der Kaution keineswegs absolut, sondern nur hypothetisch für den Fall anordnen, daß dem Arrestleger eine Verschuldung zur Last falle. (Vgl. den Plenarbeschluß des Obertribunals vom 7. Januar 1850 (Entsch. Bd. 19 S. 18).). Die Nichterwähnung dieses Gegenstandes in den Motiven zum Entwurfe der Civilprozeßordnung und die Nichtaufnahme einer darauf bezüglichen Vorschrift in den Text derselben erklärt sich daraus, daß mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Arrestleger den durch ungerechtfertigte Arrestanlegung verursachten Schaden zu ersetzen habe, auch die darin begriffene Frage, ob der Arrestleger auf Verlangen des Richters die Gefahr der Arrestanlegung zu übernehmen habe, unentschieden gelassen werden und als dem bürgerlichen Rechte angehörig den Landesgesetzen überlassen bleiben sollte. (R. G. 20. IX. 82.) R. C. VII. (116.) 377—383. (R. C. XI. (115.) 430. (111.) 417.)

§ 802. **§ 802.**

Die Entscheidung über das Gesuch erfolgt im Falle einer vorgängigen mündlichen Verhandlung durch Endurtheil, anderenfalls durch Beschluß.

§ 805.

Den Beschluß, durch welchen ein Arrest angeordnet wird, hat die Partei, welche den Arrest erwirkt hat, zustellen zu lassen.

Der Beschluß, durch welchen das Arrestgesuch zurückgewiesen oder vorgängige Sicherheitsleistung für erforderlich erklärt wird, ist dem Gegner nicht mitzutheilen.

Ger. K. G. § 26 Nr. 9, § 35 Nr. 4. R. A. G. O. §§ 20, 23 Nr. 1.

1. Abs. 1. Ueber **Arrestanordnungsbeschluß im Gegensatz zu Arrestvollziehungsbeschluß** (R. G. 31. III. 83) s. § 808 ad R. C. IX. (92.) 321. 322. A. VII. (179.) 580.

2. In § 816 Abs. 1 R. C. P. O. ist die Anordnung einer einstweiligen Verfügung zuvörderst dem Gerichte der Hauptsache, also dem Landgerichte, überwiesen, weil nach der Auffassung der Motive zu § 761 des Entwurfs (Hahn, Materialien 2. Aufl. S. 477) regelmäßig nur dieses Gericht in der Lage sein wird, zu beurtheilen, ob es einer einstweiligen Verfügung bedarf. Wenn jedoch die Hauptsache in der Berufungsinstanz anhängig ist, so soll nach § 821 der Reichs-Civilprozeßordnung das Berufungsgericht als das für Erlassung der einstweiligen Verfügung zuständige Gericht der Hauptsache angesehen werden. Da die Oberlandesgerichte im Civilprozesse grundsätzlich nur als Gerichte zweiter Instanz in Betracht kommen (Reichs-Gerichtsverfassungsgesetz § 123), selbst wenn sie über ein nach § 491 Abs. 1 der Reichs-Civilprozeßordnung zulässiges neues Parteivorbringen richterliche Entscheidung erlassen, so kann auch den von ihnen in Gemäßheit des § 821 gefällten Erkenntnissen die Bedeutung von in der Berufsinstanz erlassenen Urtheilen nicht abgesprochen werden. Die Statthaftigkeit der Revision findet sonach in dem Wortlaute des § 507 der Reichs-Civilprozeßordnung genügende Rechtfertigung. Hierfür spricht ferner der Grund, auf welchem die Bestimmung des § 821 beruht, wie in dem reichsgerichtlichen Urtheile vom 6. Dezember 1881 dargelegt ist. (Entscheidungen Bd. V S. 430.) — (B. O. L. 21. III. 83.) S. X. (21.) 46. 47.

Digitized by Google

3. Im System der R. C. P. O. hat die Verfügung des dinglichen Arrestes nicht, wie dies im früheren gemeinen Prozeßrecht der Fall war, unmittelbar die Beschlagnahme bestimmter Vermögensobjekte des Arrestbeklagten zum Gegenstand. Die Arrestverfügung bildet nur den vollstreckbaren Schuldtitel für die davon verschiedene, den allgemeinen Vorschriften über Zwangsvollstreckung überwiesene Arrestvollziehung (§ 808, § 809 Abs. 1). Dem entsprechend ist unter den Erfordernissen des Arrestgesuchs die Bezeichnung des mit Arrest zu belegenden Gegenstandes nicht aufgeführt und die Motive hierzu (§ 451) heben hervor, daß der Arrestbefehl für den dinglichen Arrest unbeschränkt erlassen werden könne und in diesem Fall die Vollziehung in alle Vermögensstücke des Schuldners begründe, deren Spezialität erst im Stadium der Vollziehung hervorzutreten habe. **Die Thätigkeit des Arrestrichters als solche ist hiernach mit Erlassung der Arrestverfügung beendigt. Die Vollstreckung der letzteren in ein bestimmtes Vermögensobjekt des Schuldners ist bei körperlichen Mobilien Sache des Gerichtsvollziehers. Verlangt die Vollstreckung, weil sie in eine Forderung nachgesucht wird, die Mitwirkung des Gerichts, so ist das Gericht, indem es die Pfändung der Forderung im Sinn der §§ 729, 730 beschließt, nicht als Arrestgericht, sondern als Vollstreckungsgericht thätig.** Erk. des O. L. G. zu Stuttgart vom 30. Dezember 1881. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 74 S. 112. 113.

4. **Der Arrestbeschluß und der Beschluß der Forderungspfändung können in ein und derselben Verfügung verbunden werden.** Es findet dies seine Rechtfertigung in der Bestimmung des § 810 Abs. 1 E., wonach mit Rücksicht auf die Zusammengehörigkeit der beiden Verfügungen das Arrestgericht für die zum Zweck der Arrestvollziehung zu bewirkende Pfändung einer Forderung zum Vollstreckungsgericht bestellt ist. Es erlangt aber die Verfügung dadurch nicht den Charakter eines Pfändungsbeschlusses, sondern es sind in derselben zwei zu unterscheidende Verfügungen oder, wie Seuffert in der Zeitschr. f. deutschen Civilpr. von Busch Bd. 3 S. 356 es ausdrückt, zwei verschiedene Elemente der einen Verfügung enthalten. Erk. des O. L. G. zu Stuttgart vom 30. Dezember 1881. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 74 S. 113.

5. **Abs. 2. Die Wirksamkeit einer Arrestvollstreckung hängt davon ab, daß der Arrestbeschluß dem Schuldner zugestellt worden ist.** (R. G. 4. III. 82.) S. hierüber bei § 808 ad R. C. VI. (120.) 388—390.

6. **Solange der Gerichtsbeschluß, durch welchen der Arrest angeordnet worden ist, nicht zugestellt worden ist,** wie dies nach § 802 C. P. O. **zu geschehen hat, fehlt es dem Gerichtsvollzieher an der Befugniß, den Arrest zu vollziehen.** (R. G. 4. I. 81.) R. St. III. (67.) 175. R. A. II. (331.) 696—698.

7. **Der Mangel der Zustellung des Arrestbeschlusses an den Arrestkläger beeinflußt nicht die Rechtsgültigkeit der Arrestpfändung.** Urtheil des Reichsgerichts vom 5. Juli 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 82 S. 124.

8. Was **die Zeit der Zustellung und die Folgen der Unterlassung** betrifft, so sind hierüber besondere Anordnungen nicht getroffen und daher die über die Zustellung vollstreckbarer Titel gegebenen allgemeinen Vorschriften, insbesondere die in § 671 Abs. 1 enthaltene

Digitized by Google

Vorschrift entscheidend, wonach eine Zwangsvollstreckung nur beginnen darf, wenn das Urtheil bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. Und daß die Unterlassung dieser dem § 671 entsprechenden Zustellung im Stande ist, die rechtliche Wirksamkeit einer bei dem Drittschuldner vorgenommenen Pfändungshandlung zu vernichten, ist nach den nachstehenden Gesichtspunkten zu bejahen. Zunächst kann an sich die Anwendbarkeit dieser Gesetzesvorschrift auf andere vollstreckbare Schuldtitel als auf Urtheile, und insbesondere auf Arrestbeschlüsse, welche nach den §§ 808—810 zu den vollstreckbaren Titeln gehören, nicht bezweifelt werden (zu vgl. § 703). Durch die Vorschrift des § 671 soll sodann nach den Motiven (S. 410) in gewissem Maß die in anderen Gesetzgebungen enthaltene Bestimmung, daß der Realexekution gegen den Schuldner die Ertheilung eines Zahlungsbefehls an denselben voranzugehen habe, ersetzt werden. Dieselbe ist im Sinn eines Rechts des Schuldners, welchem dadurch die Erhebung von Inhibitorien erleichtert werden soll, aufgenommen. In dieser Bedeutung hat die Vorschrift nicht bloß den Werth einer instruktionellen Anleitung für die Vollstreckungsbeamten, sondern sie betrifft die Rechte des Schuldners und bildet eine zum Schutz derselben für das Vollstreckungseinschreiten gezogene Schranke. Die Gesetzesbestimmung ist daher als eine vollwirksame (lex perfecta) und die unter Mißachtung derselben vorgenommene Exekutionshandlung als rechtlich unwirksam zu behandeln. Es ist auch ausgeschlossen, daß der Mangel durch nachträgliche Zustellung an den Schuldner geheilt werden könnte, da der Zweck der Gesetzesbestimmung mit dem Zeitpunkt, in welchem zugestellt werden muß, zusammenhängt. Eine besondere Andeutung, daß bei dem Arrest dieser Schutz des Schuldners in's Auge gefaßt worden ist, kann in der Vorschrift des § 803 gefunden werden, wonach in dem Arrestbeschluß ein Geldbetrag festzustellen ist, durch dessen Hinterlegung die Vollziehung des Arrestes *gehemmt* werden kann. Eine Hemmung des Arrestes durch Kautionsleistung konnte wohl nur in der Unterstellung in Aussicht genommen werden, daß der Schuldner nach der Vorschrift des § 671 vor oder mit dem Vollzuge von jenem Mittel der Arrestabwendung Kenntniß erhalte. Es kann eingewendet werden, daß die Gründe der Zweckmäßigkeit, welche bei einem Pfändungsbeschluß zu einer der Vollstreckung nachfolgenden Zustellung an den Schuldner geführt haben, auch für den Arrestbeschluß zutreffend seien. Es kann unter Bezugnahme auf andere Prozeßgesetzgebungen hinzugefügt werden, daß die Rücksicht auf den Schuldner, wonach dieser mit der Ausführung der Exekution nicht überrascht, wenigstens darüber nicht im Unklaren gelassen werden darf, aus welchem Titel sie erfolge, auf ein Verfahren, welches den Nachweis oder die Bescheinigung einer Gefährdung der Zwangsvollstreckung zur Voraussetzung habe, nicht zutreffe. Es ist auch nicht zu verkennen und ist nicht verkannt worden (zu vgl. *Seuffert* bei *Busch* a. a. O. S. 357—360; *Gaupp*, Kommentar Bd. 3 zu § 671 III), daß durch die Anwendung des § 671 auf Arrestbeschlüsse die Vollziehung des Arrestes in manchen Fällen und namentlich gegen Ausländer erschwert, und gegenüber von Schuldnern, deren Aufenthalt unbekannt ist, in Folge der weiteren Bestimmung des § 809 Abs. 2 in Verbindung mit § 187 Abs. 2 und § 189 Abs. 2 sogar unmöglich gemacht ist. Solche Rück-

Digitized by Google

sichten der rechtspolitischen Zweckmäßigkeit liegen indessen außerhalb des Berufes der richterlichen Handhabung des bestehenden Gesetzes und vermögen die Auslegung desselben, so wie dieselbe nach den im Gesetz selbst liegenden Erkenntnißquellen festzustellen ist, nicht zu beeinflussen. Erk. des O. L. G. zu Stuttgart vom 30. Dezember 1881. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 74 S. 114. 115. S. hierüber noch bei § 730 Abs. 3.

9. **Zulässigkeit der Zustellung eines Arrestbeschlusses an den Arrestbeklagten im Auslande mittels telegraphischer Requisition des deutschen Konsuls.** Bei der Beurtheilung der gesetzlichen Gültigkeit eines solchen Verfahrens hat man sich zu vergegenwärtigen, daß die Vollziehung des Arrestbefehls nach § 809 der C. P. O. unstatthaft ist, wenn seit dem Tage, an welchem der Befehl verkündet oder dem Arrestkläger zugestellt ist, zwei Wochen verstrichen sind. Es ist aber davon auszugehen, daß das Gesetz selbst die Ausführbarkeit dieser Vorschrift gewollt hat. Seine sonstigen Vorschriften sind also in einem Sinn zu verstehen, welcher diese Ausführbarkeit sichert. Dazu mag es verschiedene Wege geben. Der hier eingeschlagene Weg ist dann als zulässig zu erachten, wenn auf demselben auch sonst Dasjenige erreicht wird, was der Gesetzgeber zur Sicherung des Arrestbeklagten und im Interesse eines gesicherten gesetzlichen Verfahrens gewollt hat. Die Zustellung besteht nach § 156 in einem solchen Fall in der Uebergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks; die Beglaubigung geschieht durch den Gerichtsvollzieher, bei den auf Betreiben von Rechtsanwälten zuzustellenden Schriftstücken durch den Anwalt, bei den von Amts wegen zuzustellenden Schriftstücken durch den Gerichtsschreiber. Eine im Auslande zu bewirkende Zustellung erfolgt u. A. mittels Ersuchens des in diesem Staat residirenden Konsuls des Reichs (§ 182). Die Zustellung wird durch das schriftliche Zeugniß des ersuchten Beamten, daß die Zustellung erfolgt sei, nachgewiesen (§ 185). Die Zustellung einer von einem Anwalt oder Gerichtsschreiber in Hamburg beglaubigten Urkunde ist aber z. B. in einer Frist von zwei Wochen, gerechnet von dem Tage, an welchem der Anwalt das Original der zuzustellenden Abschrift erhält, in Rio de Janeiro so, daß auch noch die Nachricht von der erfolgten Zustellung zurückkommt, nicht auszuführen. Es liegt also im Sinn des Gesetzes, daß die Herstellung der beglaubigten Abschrift, welche zuzustellen, auf einem kürzeren Wege zugelassen wird, wenn dabei die Sicherheit der Uebereinstimmung des Inhalts der Abschrift mit dem Original gewahrt bleibt. Beides wird aber erreicht, wenn dem Telegraphen die Urkunde diktirt wird und der Telegraph sie in Rio de Janeiro niederschreibt; hat der deutsche Konsul eine mit dieser Niederschrift übereinstimmende, von ihm beglaubigte Abschrift dem Arrestbeklagten zugestellt, und geht aus dem von ihm eingesandten Zeugniß hervor, daß die von ihm zugestellte beglaubigte Abschrift inhaltlich mit dem Original des Arrestbefehls übereinstimmt, so ist auf diese Weise dem Arrestschuldner in Rio de Janeiro ganz sicher und objektiv richtig Dasjenige vor der Ausführung des Arrestbefehls notifizirt, was das Hamburger Gericht in Bezug auf ihn und seine Güter beschlossen hat. Er ist in der Lage, sofort die zur Beseitigung der beschlossenen Maßregel erforderlichen Schritte einzuschlagen. Urtheil des Reichsgerichts vom 3. Juli 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 82 S. 123. 124. R. C. XIV. (94.) 335—338.

Digitized by Google

10. **Durch Vollziehung des Arrestbefehles mittels Pfändung wird dem Arrestkläger Pfandrecht auch dann erworben, wenn der nicht verkündete Arrestbefehl wohl dem Arrestbeklagten, aber nicht dem Arrestkläger zugestellt, diesem vielmehr einfach ausgereicht ist.** Der § 802 Abs. 2 R. C. P. O. statuirt allerdings nur in Ansehung des Arrestbeklagten die Ausnahme, daß diesem nicht von Amts wegen zugestellt werden soll, läßt es aber in Ansehung des Arrestklägers bei der Regel. Aber der § 294 a. a. O. hat nicht die absolute Tragweite, welche sein Wortlaut zu ergeben scheint. Es gibt Beschlüsse, die nicht „den Parteien", sondern von Amts wegen nur einer derselben zugestellt zu werden brauchen (vgl. z. B. §§ 452. 730. 802. 815 C. P. O.); und es ist unleugbar, daß es für manche Beschlüsse, z. B. für die Abweisung mancher Anträge, nicht der förmlichen Zustellung, sondern der einfachen Mittheilung von Amts wegen an den Antragsteller bedarf. (Vgl. Herm. Meyer, Die Zustellung von Beschlüssen von Amts wegen, S. 61.) Es kommt ferner die Bedeutung der förmlichen Zustellung im Verhältnisse zur einfachen Mittheilung in Betracht. Sie besteht in der Uebergabe des auszureichenden Schriftstückes und in einer bestimmten Beurkundung dieses Aktes (§§ 156. 173. 174 C. P. O.). Sie soll die Thatsache und die Zeit der Uebergabe sicherstellen, den von letzterer abhängigen Beginn des Fristenlaufes konstatiren und die in dieser Richtung im Prozeßverkehre unentbehrliche Fiktion des Empfanges ermöglichen. Die formelle Zustellung dient also zumeist dem Interesse — nicht des Empfängers, sondern seines die Zustellung betreibenden Gegners; der Empfänger, welchem zugestellt wird, damit gegen ihn die von der Zustellung abhängigen Parteirechte des Gegners wirksam werden, kann daher Mängel in der Zustellung an ihn rügen oder pardonniren; in der Regel aber ist er nicht dabei interessirt, ob und wann der den Gegner wider ihn berechtigende Beschluß jenem förmlich zugestellt oder nur einfach mitgetheilt ist. So auch für den Fall des Arrestes: mangelndes Interesse versagt dem Arrestbeklagten, welchem der Arrestkläger die Ausfertigung des Arrestbefehles zustellen läßt, die Rüge, der Befehl sei dem Arrestkläger vom Gerichte einfach ausgereicht, anstatt förmlich zugestellt zu werden. Freilich läßt sich aufstellen: der Arrestkläger könne den Arrestbefehl eigenmächtig ohne den Willen des Gerichtsschreibers in seine Hand gebracht haben und nur die Zustellung eines mit der Abschrift der Zustellungsurkunde (§ 173 C. P. O.) versehenen Arrestbefehles stelle den Arrestaten dagegen sicher, daß ein zur Zustellung bestimmter, nicht mehr als Gerichtsinternum anzusehender Arrestbefehl ihm selber zugestellt werde. Allein zunächst sichert den Arrestbeklagten die Thatsache der Ausfertigung des Arrestbefehles, und so wenig Zustellung gegen Fälschungen schützen soll oder kann, so wenig ist ihr Zweck, Zustellungen möglicherweise entwendeter Schriftstücke zu verhüten. Für den Arrestbeklagten genügt, daß prima facie mit dem Willen des, keiner besonderen Beauftragung zur Ausreichung bedürfenden Gerichtsschreibers der Arrestant in den Besitz des ausgefertigten Arrestbefehls gelangt ist, und daß dem Arrestaten, wenn er Surreption beweisen kann, die Beweisführung freisteht. Wichtiger scheint, daß die Zustellung an den Arrestkläger insofern auch für den Arrestbeklagten rechtsbegründend ist, als die Vollziehbarkeit

Digitized by Google

eines Arrestbefehls zwei Wochen nach der Zustellung an den Arrestkläger erlischt (§ 809 Abs. 2 C. P. O.). Daraus mag allerdings folgen, daß Arrestvollziehung dann wirkungslos ist, wenn nicht aus den Zeitdaten die Innehaltung der Frist ohne Weiteres erhellt. (R. G. 8. III. 84.) R. C. XI. (106.) 403—405.

11. **Auf ein Arrestpfandrecht kann sich nicht berufen werden, wenn der Arrestbeschluß dem Arrestbeklagten nicht zugestellt worden ist.** Dies Erforderniß ist in mehreren Entscheidungen des Reichsgerichts anerkannt (Entsch. des R. G. Bd. 6 S. 388, Bd. 8 S. 429, in Seuffert, Archiv Bd. 39 Nr. 74 II). S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 82 S. 122.

12. **Abs. 3. Gegen den einen erbetenen Arrest oder eine einstweilige Verfügung ablehnenden Beschluß ist die einfache Beschwerde zulässig,** da die Anfechtung mittelst sofortiger Beschwerde in der C. P. O. nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist und der anzufechtende Beschluß auch nicht etwa im Zwangsvollstreckungsverfahren (§ 701 der C. P. O.) ergeht. (Vgl. Seuffert, Komm. zur C. P. O. § 802 Anm. 1 I a. E. mit Citaten; auch schlesw.-holst. Anz. 1881 S. 282.) Beschluß des O. L. G. zu Kiel vom 19. August 1884. S. A. XL. bezw. X. (332.) 479.

§ 803.

§ 803.

In dem Arrestbefehl ist ein Geldbetrag festzustellen, durch dessen Hinterlegung die Vollziehung des Arrestes gehemmt und der Schuldner zu dem Antrag auf Aufhebung des vollzogenen Arrestes berechtigt wird.

Die Hinterlegungssumme des § 803 der C. P. O. ist, unter welchem speziellen rechtlichen Gesichtspunkt dieselbe auch behandelt werden mag, unter allen Umständen, — und zwar schon der Natur der Sache nach, denn sie ist zweifellos ein vollwirksames Surrogat des gesetzlichen Arrestes — zur ausschließenden Befriedigung desjenigen Gläubigers zu dienen bestimmt, in dessen Interesse die Hinterlegung geschieht, eintretenden Falls also auch zur abgesonderten Befriedigung dieses Gläubigers im Sinn der §§ 39 ff. der C. P. O. Urtheil des O. L. G. zu Jena vom 24. Juni 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 84 S. 119.

§ 804.

§ 804.

Gegen den Beschluß, durch welchen ein Arrest angeordnet wird, findet Widerspruch statt.

Die widersprechende Partei hat den Gegner unter Mittheilung der Gründe, welche sie für die Aufhebung des Arrestes geltend machen will, zur mündlichen Verhandlung zu laden.

Durch Erhebung des Widerspruchs wird die Vollziehung des Arrestes nicht gehemmt.

§§ 61, 63, 690, 710.

1. Die gemeinrechtliche **exceptio doli** findet auch im Arrestprozesse statt. (R. G. 24. III. 82.) R. C. VII. (99.) 328—332. S. auch bei § 796 ad R. C. VII. (99.) 331. 332.

2. **Einem Gläubiger steht gegen den Beschluß, durch welchen ein Arrest in das Vermögen seines Schuldners auf Antrag eines anderen Gläubigers angeordnet worden ist, ein Widerspruchsrecht nicht zu.** Der § 804 der R. C. P. O. betrifft, wie sich das aus den Motiven S. 453 und den Verhandlungen in der Reichstagskommission, vgl. Hahn, Materialien Bd. 1 S. 872, ergibt und auch bereits vom Reichsgerichte anerkannt ist, lediglich den Schuldner. (R. G. 17. X. 84.) R. C. XII. (119.) 400. 401.

Digitized by Google

3. Das Recht, nach §§ 804, 805 der C. P. O. durch Erhebung des Widerspruchs gegen einen durch Beschluß erlassenen Arrestbefehl eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit desselben herbeizuführen, ist **an keine Frist gebunden.** (Gaupp, C. P. O. Bd. 3 S. 468 Nr. 1.) **Nur dem Schuldner steht das Recht des Widerspruchs zu. Der Widerspruch eines Dritten gegen die Vollziehung des Arrestes ist nach Analogie des § 690 der C. P. O. im Wege der Klage geltend zu machen.** (Seuffert, C. P. O. zu § 804 Nr. 3 S. 806.) Der Konkursverwalter, welcher von dem Gericht nach Eröffnung des Konkursverfahrens ernannt wurde, ist aber nicht als Dritter anzusehen (§ 5 der C. P. O.). Er ist gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners im Sinn von § 50 der C. P. O. An der Stelle des Gemeinschuldners kann er deßhalb bei dem gegen den Letzteren erwirkten Arrest Widerspruch erheben. (Wilmowsky, K. O. S. 44 ff., insbes. V. S. 50.) Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe vom 21. Februar 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 85 S. 120.

4. **Das Arrestgericht ist nach § 804 C. P. O. ausschließlich zuständig zur Entscheidung über den Widerspruch gegen den Arrestbeschluß.** Nach den Vorschriften der §§ 804 und 805 C. P. O. kann es nicht zweifelhaft sein, daß der widersprechende Schuldner den Gegner zur mündlichen Verhandlung vor das Arrestgericht zu laden und daß dieses Gericht zunächst über die Rechtmäßigkeit des Arrestes zu entscheiden hat. Mit Rücksicht auf den Zweck der Vorschrift und die Natur des Widerspruches, durch den gegen eine im Arrestverfahren ergangene Verfügung Abhilfe durch Anrufung des Arrestgerichtes selbst gewährt wird, muß aber, obgleich dies im Gesetze nicht ausdrücklich hervorgehoben wurde, auch angenommen werden, daß **die Zuständigkeit des Arrestgerichtes eine ausschließliche** ist, **welche nach § 40 C. P. O. nicht durch Vereinbarung beseitigt werden kann.** Durch die erwähnte Vorschrift wird nicht ein Gerichtsstand bestimmt, welcher neben anderen Gerichtsständen zur Anwendung kommen soll, sondern es wird dasjenige Gericht bezeichnet, das allein berechtigt ist, über den Widerspruch zu entscheiden. Es muß sonach, wenn der Widerspruch bei einem anderen Gerichte erhoben wird, dieses sich ebenso wie in dem in § 807 C. P. O. vorgesehenen Falle von Amts wegen für unzuständig erklären. **Der Geltendmachung der Unzuständigkeit steht in diesem Falle § 10 C. P. O. nicht im Wege.** Nach dieser Vorschrift, welche in der präsumtiv besseren Rechtsprechung der Landgerichte ihren Grund hat und sich lediglich auf die sachliche Zuständigkeit bezieht, kann das Urtheil eines Landgerichtes nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil die (sachliche) Zuständigkeit des Amtsgerichtes begründet gewesen sei. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob das Amtsgericht mit Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes oder aus Gründen für zuständig erklärt wurde. In § 804 C. P. O. ist aber nicht bloß die sachliche Zuständigkeit geregelt, sondern bestimmt worden, daß nur das Arrestgericht (örtlich und sachlich) zuständig sein solle, über den Widerspruch gegen den Arrestbefehl zu entscheiden. Dieses Gericht braucht nach § 799 C. P. O. gar nicht ein Amtsgericht zu sein, da auch das Gericht der Hauptsache zur Anordnung des Arrestes zuständig ist. **Mag aber der Arrestbefehl von einem Amtsgerichte oder von einem Landgerichte erlassen worden sein, so kann der dagegen gerichtete Widerspruch**

Digitized by Google

nur in der in § 804 C. P. O. vorgesehenen Weise bei dem Arrestgerichte erhoben werden. (Vgl. hierzu die Kommentare zur C. P. O. bei § 10, besonders Endemann Bd. 1 S. 362 f.; Gaupp Bd. 1 § 10 II. S. 35 und Wach, Handbuch Bd. 1 S. 362; Planck, Lehrbuch Bd. 1 S. 37 Anm. 44 und S. 99 Anm. 22; ferner Entsch. des R. G.'s Bd. 9 S. 349. 350, Bd. 11 S. 432 f. und Bd. 13 S. 367. Die in Bd. 13 veröffentlichte Entscheidung des V. Civilsenats wird von Planck bekämpft.) (R. G. 5. IV. 87.) R. C. XVIII. (81.) 377. 378.

5. Die in § 797, 802 und 804 der Reichs-Civilprozeßordnung bezeichneten Beschlüsse, welche ohne vorgängige Verhandlung über die Arrestgesuche (§ 800) erlassen sind, können zwar mittels Widerspruchs mit der Wirkung angefochten werden, daß die Arreste wieder aufgehoben werden, wodurch von selbst den darauf gestützt gewesenen Pfändungen der rechtliche Boden entzogen ist; zur Verhandlung über dieses in § 804 und ff. speziell geregelte Verfahren sowie **zur Verbescheidung des erhobenen Widerspruches in erster Instanz ist** aber **nur das Arrestgericht, von welchem der angefochtene Arrestbeschluß ausgegangen ist, zuständig. Allenfallsige Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Arrestgerichtes unterliegen den sonstigen Regeln über den Instanzenzug. Die Erhebung des Widerspruchs** und damit die Einleitung des für die Anfechtung eines Arrestbeschlusses wegen Mangels eines zutreffenden oder ausreichenden Arrestgrundes in § 804 und ff. speziell vorgeschriebenen Verfahrens **ist an eine Ausschlußfrist nicht gebunden.** Diese Beschlüsse bestehen dagegen jedenfalls so lange in Geltung, als das oben erwähnte Arrestrechtfertigungsverfahren vor dem hierfür zuständigen Gerichte nicht durch Abänderung beziehungsweise Aufhebung des Beschlusses zu Gunsten der widersprechenden Partei d. i. des Hauptschuldners seine endgiltige Erledigung gefunden hat. Hierfür spricht insbesondere auch die Bestimmung in Abs. 3 des § 804, wonach die Vollziehung des Arrestes, also gemäß § 810 der mit dem Vorzugsrechte verbundene Pfändungsakt, durch Erhebung des Widerspruchs nicht gehemmt wird. **Hat ein Gemeinschuldner** in der Zeit, da ihm das Recht der Verwaltung und Verfügung über sein Vermögen noch nicht wegen Konkurses entzogen war, von dem Rechte der Erhebung des Widerspruches behufs Rückgängigmachung der Pfändung durch Aufhebung der betreffenden Arrestbefehle noch **keinen Gebrauch gemacht, so geht dieses Recht durch die Eröffnung des Konkurses nicht für die den Konkursgläubigern bestimmte Vermögensmasse verloren. Es geht die Befugniß zur Angehung des Arrestgerichtes mit dem Antrage auf Aufhebung der Arrestbeschlüsse auf den Konkursverwalter über,** welcher an die Stelle der Gemeinschuldner hinsichtlich der Konkursmasse getreten und dem auch durch die Vorschrift der Konkursordnung § 29 die Ausübung des Anfechtungsrechtes übertragen ist. Dieser ist jedoch eben aus dem Grunde, weil er nur an Stelle der Gemeinschuldner das Recht der Bekämpfung der Arrestbefehle, die nach seiner Meinung gar nicht hätten erlassen werden sollen, auszuüben befugt ist, hierbei auch an die Beobachtung der Spezialvorschriften gebunden, welche dem Gemeinschuldner in § 804 und ff. vorgezeichnet sind. Als selbstverständlich ergibt sich hieraus, daß **der Konkursverwalter auch nur dasjenige Gericht mit der Frage der Rechtmäßigkeit der Arreste befassen kann, von welchem die Arreste ausgegangen waren,**

Digitized by Google

und welches schließlich durch Endurtheil je nach Befund der Sache den Arrest ganz oder theilweise zu bestätigen, abzuändern oder aufzuheben hat. (Abs. 1 und 2 des § 805, dann Abs. 2 § 807 verglichen mit § 707 der Reichs-Civilprozeßordnung.) In dem hier vorgeschriebenen Verfahren wird dann auch die Frage über den Sinn des § 797 a. a. O. zur Erörterung und Entscheidung kommen müssen, insofern der erhobene Widerspruch und Antrag auf Aufhebung darauf beruht, daß die Gesetzmäßigkeit des verfügten Sicherheitsarrestes wegen Mangels eines hinreichenden oder zutreffenden Arrestgrundes angegriffen wird. (B. O. L. 10. XI. 83.) S. X. (85.) 220—222.

6. **Eine Beschwerde des Gegners findet nicht statt, wenn das Beschwerdegericht das Gericht, welches das Arrestgesuch zurückgewiesen hat, anweist, Arrest zu erkennen.** Gegen einen Beschluß, durch welchen ein Arrest angeordnet wird, ist nur Widerspruch nach Maßgabe der Bestimmung des § 804 C. P. O. statthaft. Ordnet aber das Landgericht auf eine erhobene Beschwerde den Arrest zwar nicht unmittelbar an, sondern weist das Amtsgericht in Gemäßheit des § 538 C. P. O. zur Anordnung des Arrestes an, so gehört dieser nicht in den Bereich der Zwangsvollstreckung fallende Beschluß nicht zu denjenigen Beschlüssen, gegen welche nach den Bestimmungen des § 530 C. P. O. eine Beschwerde zulässig ist. Wenn also eine gleichwohl erhobene Beschwerde als unzulässig zurückzuweisen ist, so enthält die nicht erfolgte Zurückweisung derselben für den Gläubiger einen neuen selbständigen Beschwerdegrund. (R. G. 18. IX. 85.) R. C. XIV. (110.) 391. A. u. U. III. (134.) 293. 294.

§ 805. **§ 805.**

Wird Widerspruch erhoben, so ist über die Rechtmäßigkeit des Arrestes durch Endurtheil zu entscheiden.

Das Gericht kann den Arrest ganz oder theilweise bestätigen, abändern oder aufheben, auch die Bestätigung, Abänderung oder Aufhebung von einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung abhängig machen.

§ 648 Nr. 5.

1. **Bei der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit eines ohne vorgängige mündliche Verhandlung angeordneten Arrestes kann der Arrestgrund nicht nur in den in dem schriftlichen Arrestgesuche vorgetragenen Thatumständen gefunden werden, sondern auch in denjenigen Thatumständen, welche erst in der auf erhobenen Widerspruch stattfindenden mündlichen Verhandlung vorgetragen worden sind.** (R. G. 23. IX. 81.) S. hierüber bei § 800 ad R. C. V. (98.) 364—367. A. IV. (100.) 333—336.

2. **Gegen einen vom Amtsgerichte verfügten Sicherheitsarrest kann Widerspruch nur beim Amtsgerichte erhoben werden, nicht beim Landgericht; ersteres ist ausschließlich zuständig und kann letzteres nicht einmal durch Prorogation zuständig werden; ebensowenig ist § 10 anwendbar,** weil es sich im Falle des § 804 nicht bloß um die sachliche Zuständigkeit handelt, sondern das Arrestgericht für sachlich und örtlich ausschließlich kompetent erklärt ist. (R. G. 14. VI. 87.) R. C. XVIII. (76.) 360.

3. **Aufhebung des Arrestvollzuges durch Beschluß des Arrestgerichtes auf Antrag des Arrestklägers. Zur Wirksamkeit dieses Beschlusses ist dessen Zustellung an den Arrestbeklagten, den Arrestdritten und den Zwischenkläger nicht erforderlich.** Die Civilprozeßordnung enthält keine allgemeinen Vor-

Digitized by Google

schriften über die Voraussetzungen der Aufhebung eines dinglichen Arrestes oder einer auf Grund desselben angeordneten Arrestpfändung. Die §§ 804—807 regeln nur die Aufhebung einer Arrestanordnung auf Antrag des Arrestbeklagten in den dort vorgesehenen Fällen. Auf die Aufhebung des Arrestvollzuges bezieht sich der § 813; dieser trifft aber nur den besonderen Fall, wenn der Arrestbeklagte die Zurücknahme des vollzogenen Arrestes gegen Hinterlegung des im Arrestbefehle festgestellten Geldbetrages durch Beschluß des Vollstreckungsgerichtes verlangt. Die §§ 742. 745, welche gemäß § 808 herangezogen werden könnten, lassen bei der Beitreibung von Forderungen, welche dem Gläubiger zur Einziehung überwiesen worden sind, und bei der Zwangsvollstreckung in Ansprüche, welche die Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen zum Gegenstande haben, einen Verzicht des Gläubigers auf die durch Pfändung und Ueberweisung erworbenen Rechte, unbeschadet seines Anspruches, zu. Dieser Verzicht hat durch Zustellung einer Erklärung des Gläubigers an den Schuldner und (instruktionell) an den Drittschuldner zu erfolgen. Der Grund dieser Bestimmung beruht darin, daß der Gläubiger durch die Ueberweisung der erwähnten Ansprüche zur Einziehung oder Geltendmachung noch nicht befriedigt ist, derselbe also wie bei jeder Zwangsvollstreckung zu einer anderen Art der Exekution übergehen kann, mit Vorbehalt der nach § 87 C. P. O. zu entscheidenden Frage, welche Partei die Kosten der zurückgenommenen Zwangsvollstreckung zu tragen habe. Keiner dieser Fälle liegt aber vor, wenn der Arrestkläger durch Zahlung seiner Forderung seitens des Arrestbeklagten befriedigt worden ist; damit hörte das durch den Arrestvollzug erworbene Pfandrecht, das nach gemeinem Rechte nur als ein Accessorium der Forderung erscheint, von selbst auf, und es bleibt für die Entsagung auf jenes Pfandrecht kein Raum. Die Einrede der Zahlung kann nur der ehemalige Arrestbeklagte zum Zwecke der Beseitigung der Arrestanordnung und des Arrestvollzuges im prozeßordnungsmäßigen Wege geltend machen; es steht aber auch nichts entgegen, daß der Arrestkläger selber dem Vollstreckungsgerichte von der erfolgten Befriedigung Anzeige macht und dieses sofort die Aufhebung des Arrestes verfügt. Und da dieser Beschluß nicht auf Grund mündlicher Verhandlung ergeht, so genügt es, wenn das Vollstreckungsgericht denselben nur dem Antragsteller von Amts wegen zustellen läßt und diesem (stillschweigends) anheimgibt, die übrigen Betheiligten auf die geeignete Weise von der Aufhebung des Arrestverfahrens in Kenntniß zu setzen. Versäumt der Arrestkläger diese Benachrichtigung, so macht er sich unter Umständen kosten- und schadensersatzpflichtig, die rechtliche Wirksamkeit des den Arrest aufhebenden Beschlusses wird dadurch nicht beeinträchtigt. Eine Zustellung des den angelegten Arrest aufhebenden Beschlusses an den Drittschuldner (Arrestdritten) ist nicht einmal im Falle des Verzichtes des Gläubigers auf die aus der Pfändung erworbenen Rechte, umsoweniger also im Falle der Befriedigung des letzteren, erforderlich. Der Zwischenkläger aber, welcher auf Grund des § 690 C. P. O. Widerspruchsklage gegen die Arrestanlage bezw. Zwangsvollstreckung bei dem örtlich und sachlich zuständigen Gerichte erhoben hat, vermag keine weitergehenden Rechte für sich in Anspruch zu nehmen, als dem Schuldner und Arrestbeklagten selber zustehen. Ihm liegt es ob,

Digitized by Google

nicht bloß sein die Veräußerung der Pfandobjekte hinderndes Recht darzuthun, sondern auch die ihm zum Behufe der Aufhebung der angeordneten Vollstreckungsmaßregeln zustehenden Einwendungen gemäß § 690 Abs. 3 a. a. O. zur Geltung zu bringen. (R. G. 2. II. 86.) R. C. XV. (113.) 409. 410.

4. Nach § 800 Abs. 2 der R. C. P. O. muß der Arrestsucher die Voraussetzungen des Arrestes, also einen Anspruch, der gesichert werden soll, und den Arrestgrund glaubhaft machen. Gegen den Beschluß, durch welchen ein Arrest angeordnet worden, findet Widerspruch statt, und die widersprechende Partei muß die Gründe, welche sie für die Aufhebung des Arrestes geltend machen will, anführen (§ 804 der R. C. P. O.). Diese Gründe können negativer und positiver Art sein, und in erster Beziehung sich darauf beschränken, die objektiven Voraussetzungen der Arrestanordnung, nämlich den Anspruch des Gläubigers und die von demselben angeführten Arrestgründe zu bestreiten. In den Grenzen dieses Widerspruchs hat der Richter zu prüfen, ob die Voraussetzungen des Arrestgesuchs nach Anspruch und Arrestgrund, glaubhaft gemacht sind, und durch Endurtheil darüber zu entscheiden, ob der Arrestbeschluß zu bestätigen oder aufzuheben ist (§ 805 Abs. 1 der R. C. P. O.). **Wenngleich nun der Widerspruch erhebende Schuldner die Rolle des Klägers (Widerspruchskläger) einnehmen mag, so befindet er sich doch — dem Arrestkläger gegenüber — in der Position der Vertheidigung, und daraus folgt, daß auf sein Bestreiten der Arrestsucher die Voraussetzungen des Arrestes, nach Anspruch und Arrestgrund, beweisen muß, während ihm die Beweiskraft nur in Ansehung der selbständigen Behauptungen (Anfechtungsgründe) obliegt. Im Umfange dieses Prozeßmaterials, nach Angriff der Vertheidigung, hat der erkennende Richter — unabhängig von der Auffassung und der Stellung des Arrestrichters — über die „Rechtmäßigkeit des Arrestes" — wie der § 805 Abs. 1 der R. C. P. O. vorschreibt — zu entscheiden, und nicht bloß darüber zu befinden, ob bestimmte Anfechtungsgründe dargethan oder widerlegt sind.** (R. G. 15. X. 81.) A. IV. (128.) 432. 433.

5. **Unzulässigkeit der Beschwerde gegen einen Beschluß, durch welchen die Bedingung der Sicherheitsleistung, unter welcher die I. Instanz einen Arrest bewilligt hatte, aufgehoben wird.** Die Anordnung eines Arrestes durch Beschluß, sei es mit, sei es ohne Auferlegung einer vorgängigen Sicherheitsleistung an den Arrestsucher, gibt nach der C. P. O. überhaupt niemals einen Beschwerdegrund für den Arrestbeklagten ab; sondern dieser ist nach § 804 auf den Weg des Widerspruchs angewiesen, welcher nach § 805 u. A. auch zur Anordnung einer vorgängig von dem Arrestkläger vorzunehmenden Sicherheitsleistung durch Urtheil führen kann. Beschluß des Reichsgerichts vom 2. Dezember 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (157.) 238.

6. **Der Arrestkläger ist, wenn der Arrest als ungerechtfertigt aufgehoben ist, nicht unbedingt zum Schadensersatz verpflichtet,** es sind vielmehr auch in solchen Fällen die Grundsätze über dolus und culpa maßgebend. (Bayer. Theorie der summarischen Prozesse § 29. Vgl. auch Plenarbeschluß des früheren O. T. zu Berlin vom 7. Januar 1850, mitgetheilt in Striethorst's Archiv Bd. 5 S. 366 Nr. 70.) Es ist freilich

Digitized by Google

nicht zu verkennen, daß der dingliche Sicherheitsarrest, welcher nach § 800 der C. P. O. verhängt wird, sobald nur der behauptete Anspruch und ein Arrestgrund glaubhaft gemacht sind, ein gefährliches Rechtsmittel und zwar hauptsächlich um deßwillen ist, weil vermöge desselben in Privatrechte Anderer gewaltsam eingegriffen wird, noch ehe über den Anspruch, zu dessen Sicherstellung er dienen soll, definitiv entschieden ist. Es wird, je nachdem der Richter es mit der Glaubhaftmachung, genau nimmt oder einer laxen Praxis folgt, mehr oder weniger häufig vorkommen, daß sich die Anwendung des Arrestes später im ordentlichen Verfahren als eine rechtswidrige Maßregel herausstellt. Allein das ist kein Grund, Denjenigen, welcher sich derselben bona fide bediente, für den dadurch entstandenen Schaden verantwortlich zu machen. Die Verpflichtung, das gesammte Interesse zu ersetzen, supponirt der Regel nach dolus, culpa oder mora des Verpflichteten, es sei denn, daß ihn, was bezüglich des Arrestes nicht der Fall ist, eine besondere Bestimmung zur Prästirung des Interesse verbände (vgl. Seuffert, Archiv Bd. 35 Nr. 12 S. 13). Es ist der Arrest ein für gewisse Fälle ausdrücklich in der C. P. O. vorgesehenes Rechtsmittel, dessen Anwendung an sich so wenig als etwas Widerrechtliches betrachtet werden kann, wie die Verfolgung eines Anspruchs im Wege des ordentlichen Prozeßverfahrens; denn eine die Parteien in der Auswahl der zulässigen Rechtsbehelfe beschränkende Vorschrift gibt es nicht. Urtheil des O. L. G. zu Celle vom 20. Januar 1883. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 290 S. 373. 374.

7. Wie der Kläger, wenn er im Rechtsstreit unterliegt, aus diesem Grunde ohne Rücksicht auf ein ihm zur Last fallendes Verschulden nicht allein die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, sondern auch im Falle stattgehabter Zwangsvollstreckung die Kosten derselben dem Gegner zu erstatten hat, wenn das Urtheil, aus welchem dieselbe erfolgt ist, aufgehoben wird (§ 697 Abs. 2 der R. C. P. O.), so **hat auch der Gläubiger, welcher einen Arrest wider den Schuldner erwirkte, wenn der den Arrest anordnende Befehl auf Widerspruch des Schuldners als ungerechtfertigt aufgehoben wird, aus diesem Grunde ohne Rücksicht auf ein ihm zur Last zu legendes Verschulden** gemäß dem nach § 808 der R. C. P. O. auf die Vollziehung des Arrestes entsprechende Anwendung findenden § 697 Abs. 2 der R. C. P. O. **außer den Kosten der Arrestanlegung und des durch den Widerspruch des Schuldners gegen die Arrestanlegung veranlaßten Rechtsstreites auch diejenigen Kosten zu tragen oder dem Schuldner zu erstatten, welche durch die Vollziehung des Arrests einschließlich der im Falle des § 810 Abs. 3 der R. C. P. O. angeordneten Versteigerung der Arrestgegenstände entstanden sind oder zu dem Zwecke, letztere in den Besitz des Schuldners zurückzubringen, aufgewendet werden mußten. Ein weiterer Schadenanspruch des Schuldners ist jedoch nur im Falle eines dem Kläger zur Last fallenden bösen Vorsatzes oder schuldhaften Versehens begründet und nach Landesrecht zu beurtheilen.** Aus der R. C. P. O. kann die unbedingte Verpflichtung des Arrestlegers zum Ersatze des durch ungerechtfertigte Arrestanlage verursachten Schadens nicht hergeleitet werden. Sie ergibt sich nicht aus § 87 der R. C. P. O., dessen Anwendung dahin führen würde, daß der Arrestleger nicht bloß dann, wenn die Arrestanlegung von vorn herein ungerechtfertigt war, sondern überhaupt

Digitized by Google

im Falle seines Unterliegens für ersatzpflichtig erklärt werden müßte. Die Vorschrift des § 87 betrifft nur die Prozeßkosten, d. h. die zum Zweck der Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung im Rechtsstreit aufgewendeten Kosten, welche als Accessorium des Streitgegenstandes behandelt und deßhalb der Partei auferlegt werden, welche in der Hauptsache unterliegt. Sie betrifft dagegen nicht die nur mittelbar durch den Rechtsstreit verursachten Schäden. Schadensersatzansprüche wegen derartiger Nachtheile liegen, wie die Motive zu §§ 85—87 des Entwurfs der R. C. P. O. hervorheben, außerhalb des Prozeßkostenersatzes und können nicht schon durch die bloße Thatsache des Obsiegs im Rechtsstreite begründet, sondern nur auf weitere die Schadensersatzpflicht begründende Umstände gestützt werden. Was insbesondere diejenigen Schäden betrifft, welche dem Schuldner, abgesehen von den Prozeßkosten durch Anlegung des Arrestes erwachsen, so ist in der R. C. P. O. nicht bestimmt, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger, welcher den Arrest erwirkte, zum Ersatz derselben verpflichtet ist. Aus der Geschichte der R. C. P. O. ergibt sich, daß man diese Frage absichtlich unentschieden gelassen hat. Schon bei Berathung einer C. P. O. für den Norddeutschen Bund (Protokolle S. 1176) wurde erwogen, ob es nicht erforderlich sei, die Entschädigungspflicht des Arrestklägers bei widerrechtlich angelegtem Arreste zu regeln, wobei die Ansichten dahin auseinandergingen, daß von der einen Seite der Grundsatz unbedingter Entschädigungsfrist, von anderer Seite die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Diligenz eines ordentlichen Mannes, von dritter Seite die Aufstellung einer Beweislastregel dahin, daß der Arrestkläger entschädigungspflichtig sei, wenn er nicht den Beweis der Schuldlosigkeit führe, empfohlen wurde. Es wurde jedoch beschlossen, eine Bestimmung über die Entschädigungspflicht des Arrestklägers in den Entwurf der R. C. P. O. nicht aufzunehmen, nachdem hervorgehoben worden war, daß die Frage nicht sowohl dem Prozeßrechte, als vielmehr dem bürgerlichen Rechte angehöre, welches dieselbe im Zusammenhang mit dem bezüglich der Haftung für Verschulden bestehenden obligationenrechtlichen System in den einzelnen Bundesstaaten in sehr verschiedener Weise regele. Denselben Standpunkt nehmen alle späteren Entwürfe der C. P. O. ein und insbesondere ist in den Motiven zu §§ 749, 750 des dem Reichstag vorgelegten und demnächst zum Gesetze erhobenen Entwurfs ausdrücklich bemerkt, daß die Frage als eine dem materiellen Recht angehörige unentschieden bleiben solle. Kommt demnach beim Mangel einer reichsgesetzlichen Vorschrift das Landesrecht in Anwendung, so kann es keinem Bedenken unterliegen, daß **nicht das am Wohnort des Klägers geltende Recht** (Prozeßordnung vom 29. April 1869, Art. 636, Ausführungsges. zur R. C. P. O. vom 23. Februar 1879, Art. 235, Nr. 1), **sondern das am Orte des Arrestvollzuges geltende Recht entscheidet.** Mag die Entschädigungsfrist des Klägers schon durch die objektive Widerrechtlichkeit des Arrestes begründet oder außerdem durch ein Verschulden bedingt sein, jedenfalls erscheint sie als eine vom Gesetz mit dem begangenen Eingriff in das Recht eines Anderen verknüpfte Folge und ist deßhalb nach dem Rechte des Orts zu beurtheilen, wo dieser Eingriff begangen worden sein soll. Gilt nun an diesem Orte **das preußische Recht**, so ist die Entscheidung der Frage, da sie dem ma-

Digitized by Google

teriellen Rechte angehört, nicht in der Prozeßordnung, sondern im Landrechte zu suchen. Die einschlagenden Bestimmungen desselben (Allgem. Landrecht I, 6, §§ 137, 138) enthalten, wie sich aus ihrer Stellung in dem mit § 79 beginnenden Abschnitte des Tit. 6 Thl. I ergibt, nur darüber eine Vorschrift, wie der Schadensersatz zu leisten oder mit anderen Worten was den Arrestaten zu ersetzen ist, wenn unrechtmäßiger Weise Arrest angelegt worden ist, wie auch nur bezüglich dieser Frage die Allg. G. O. Thl. I Tit. 29 § 80 auf die angeführten Paragraphen Bezug nimmt. Die Frage dagegen, unter welchen Voraussetzungen der Arrestkläger schadensersatzpflichtig sei, ist in den §§ 137, 138 nicht entschieden, insbesondere nicht in den Worten „wer Sachen unrechtmäßiger Weise mit Arrest belegt", welche ebenso wie die Worte im § 98 „wer widerrechtlich einen Menschen um's Leben bringt" nur den im Paragraphen zu behandelnden Fall der Schadenszufügung bezeichnen, ohne auszusprechen, daß es in diesem Fall auf ein Verschulden des Beschädigers nicht ankomme. Was aber die in der Person des Arrestlegers erforderlichen Voraussetzungen der Entschädigungspflicht betrifft, so leiden die in den §§ 10 ff. des Tit. 6 Thl. I aufgestellten allgemeinen Grundsätze über die subjektiven Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht und über den Einfluß des Grades des Verschuldens auf den Umfang derselben auch auf den in den §§ 137, 138 behandelten besonderen Fall der Beschädigung durch Arrestanlegung Anwendung, zumal da einige dieser Grundsätze durch die Verweisung auf §§ 13, 14 im § 138 ausdrücklich in Bezug genommen sind. Daß auch die Allgem. Ger. O. unterstellt, es finde nur im Falle eines Verschuldens des Arrestlegers dessen Verbindlichkeit zum Schadensersatze statt, erhellt aus Thl. I Tit. 29 §§ 37, 34, wo diese Verbindlichkeit für den Fall ausgesprochen wird, daß die Forderung des Arrestanten „ganz offenbar ungegründet" ist oder die verkümmerte Sache zu denjenigen gehört, worauf „nach wörtlicher und ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze" kein Arrestschlag stattfindet. Es ist daher einer Entscheidung des Ob.-Trib. zu Berlin beizutreten, welche nach einigem Schwanken durch Plenarbeschluß vom 7. Januar 1850 (Entsch. Bd. XIX S. 11) festgesetzt, von dem vormaligen R. O. H. G. (Entsch. Bd. XXI S. 71) und von dem R. Ger. vgl. Urtheil des IV. Civilsenats vom 11. November 1880 in Sachen des Weiß wider Müller Rep. III, 534/80, Urtheil desselben Senats vom 14. März 1881 in Sachen des Benneckendorf wider Briese Rep. IV, 233/81 angenommen, und gegen die Einwendungen von Förster und Eccius (Preuß. Privatrecht, 4. Ausgabe, Bd. 1 S. 630 ff., von Dernburg (Preuß. Privatrecht 3. Ausgabe Bd. II S. 853) neuerdings vertheidigt worden ist. **Besteht hiernach eine gesetzliche Verpflichtung des Klägers zum Schadenersatz nur unter der Voraussetzung eines ihm zur Last zu legenden bösen Vorsatzes oder schuldbaren Versehens, so kann auch in der Stellung der Arrestkaution durch denselben die Uebernahme der unbedingten Verpflichtung zum Ersatze des dem Beklagten durch die Arrestanlegung erwachsenden Schadens nicht gefunden werden. Wenn ein Arrestsucher ohne vorgängige richterliche Aufforderung freiwillig eine Arrestkaution bestellt, so ist anzunehmen, daß er eben dasjenige thut, was er zu thun haben würde, wenn das Gericht die Anordnung des erbetenen Arrestes gemäß**

Digitized by Google

§ 801, Abs. 2 der R. C. P. O. von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht hätte. Es ist anzunehmen, daß er zur Beschleunigung des Verfahrens der Aufforderung des Gerichts, eine Sicherheit zu bestellen, zuvorkommt, nicht aber ohne besonderen Grund, daß er durch Stellung der Sicherheit mehr thun wollte, als das Gericht kraft der Prozeßordnung von ihm zu fordern berechtigt war. Die Bedeutung der vom Kläger gestellten Sicherheit ergibt sich demnach aus der Bedeutung derjenigen Sicherheit, welche die R. C. P. O. im § 801 Abs. 2 dem Gerichte zu fordern gestattet. Man könnte die Bestimmung des § 801 der R. C. P. O., daß die Leistung einer nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmenden Sicherheit wegen der dem Gegner drohenden Nachtheile verlangt werden darf, dahin verstehen, daß das Gericht von dem Arrestsucher die Uebernahme der Gefahr der Arrestanlegung, mithin ein unbedingtes Versprechen des Ersatzes des dem Gegner durch ungerechtfertigte Arrestanlegung entstehenden Schadens, und deßhalbige Sicherheitsleistung verlangen dürfe. Für diese Auslegung des § 801 der R. C. P. O. könnte geltend gemacht werden, daß nur eine derartige Sicherheitsleistung, welche dem Schuldner unter allen Umständen für den Fall widerrechtlicher Beschädigung durch den Arrest den Ersatz seines Schadens sichert, für das Gericht einen Beweggrund abgeben könne, die Arrestanlegung zu bewilligen, wenn weder der Anspruch des Arrestsuchers noch der Arrestgrund glaubhaft gemacht ist, oder wenn zwar diese Glaubhaftmachung nicht mangelt, aber die Arrestanlegung deßhalb bedenklich erscheint, weil dem Schuldner infolge derselben ein unverhältnißmäßiger Schaden droht (vgl. die Motive zu §§ 745, 746 des Entwurfs der R. C. P. O.). Auch könnte zur Unterstützung dieser Auslegung darauf hingewiesen werden, daß die Arrestkaution ihrer geschichtlichen Entwickelung nach ursprünglich dem Richter geleistet wurde, um ihn gegen Entschädigungsansprüche des Schuldners zu sichern, für die Frage aber, ob der Richter den Arrest ohne genügenden Grund angelegt habe, nichts darauf ankomme, ob der Arrestsucher arglistig oder schuldhaft handelte, weßhalb Prozeßualisten und Gerichtsordnungen des 17. und. 18. Jahrhunderts die Arrestkaution als schlechthin in casum succumbentiae geleistet bezeichnen, ohne ihre Wirkung auf den Fall eines Verschuldens des Arrestsuchers einzuschränken. (Vgl. z. B. Wismar: Tr. O. 1637, III, 3, § 4. Cellische O. App. G. O. 1713, II, 16, § 2). Es mag dahin gestellt bleiben, ob die Geschichte der Arrestkaution zu dem gedachten Ergebniß führt oder ob, wie das O. App. G. Rostock (Entsch. Bd. II S. 227) ausführt, im Gegentheil die Geschichte derselben den Beweis liefert, daß die Kaution niemals den Zweck hatte, einen Entschädigungsanspruch des Impetraten selbständig zu begründen. Es kann hiervon abgesehen werden, weil die Arrestkaution, welche noch in der Preuß. Allgem. Ger. O. Thl. I Tit. 29, § 30 als zur Deckung sowohl des Richters als des Arrestaten dienend bezeichnet wird, in der R. C. P. O. als eine lediglich dem Schuldner bestellte Sicherheit erscheint, mithin diejenigen Schlüsse wegfallen, welche aus ihrer Eigenschaft als einer dem Richter bestellten Sicherheit gezogen werden konnten. Kommt demnach nur der Wortlaut des § 801 der R. C. P. O. und die demselben zum Grunde liegende gesetzgeberische Absicht in Betracht, so kann die vorge-

Digitized by Google

dachte Auslegung desselben nicht für richtig erachtet werden. Es ist dem Gerichte nicht die Befugniß beigelegt, von dem Arrestsucher die Uebernahme einer Verpflichtung zu fordern, welche ihm nach dem Gesetze nicht obliegt. Vielmehr ist nur gestattet, wegen der dem Gegner drohenden Nachtheile oder, vollständiger ausgedrückt, wegen Erfüllung der dem Arrestsucher obliegenden Verbindlichkeit zum Ersatze des dem Gegner infolge der Arrestanlegung entstehenden Schadens Sicherheitsleistung zu verlangen. Durch den Zusatz, daß diese Sicherheit nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmen sei, ist weiter nichts ausgesprochen, als daß die im § 101 bezüglich der Wahl der Kautionsmittel bei Bestellung einer prozessualischen Sicherheit angeordnete Beschränkung bei der Arrestkaution nicht anwendbar ist. Die Befugniß des Gerichts besteht also nur darin, zu bestimmen, ob, in welcher Höhe und mit welchen Mitteln der etwaige Entschädigungsanspruch des Schuldners sicher zu stellen ist. Ob und unter welchen Voraussetzungen dem Schuldner ein solcher Anspruch zusteht, bestimmt nicht der Richter, sondern das Gesetz, und zwar, da die R. C. P. O. darüber nichts vorschreibt, das Landesgesetz. Es ist auch nicht abzusehen, was den Gesetzgeber bestimmt haben sollte, dem Richter die Befugniß beizulegen, die Uebernahme einer im Gesetz nicht begründeten Verpflichtung als Bedingung der Gewährung des Arrestgesuchs aufzustellen. Wenn eine Bestimmung dieses Inhalts sich für den Fall wohl rechtfertigen ließe, daß der Arrestsucher den gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich der Glaubhaftmachung seines Anspruchs und des Arrestgrundes nicht genügt hat, so kann doch hierin der wesentliche Grund der Vorschrift im § 801 Abs. 2 der R. C. P. O. nicht gefunden werden, weil die völlig gleiche Befugniß dem Gerichte auch für den Fall beigelegt ist, daß der Arrestsucher den gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich der Glaubhaftmachung genügt hat. Wäre es die Absicht des Gesetzgebers gewesen, das richterliche Ermessen darüber entscheiden zu lassen, ob der Arrestsucher die Gefahr der Arrestanlage zu übernehmen habe, so würde er nicht unterlassen haben, dieser Absicht im Gesetze einen deutlichen Ausdruck zu geben und in den Motiven zum Entwurfe des Gesetzes die Gründe darzulegen, welche ihn zu solcher Bestimmung veranlaßten; es würde dies um so weniger unterlassen worden sein, da die Bestimmungen der Preuß. Allgem. Ger. O. über die Arrestkaution (Thl. I, Tit. 29, §§ 31, 37) anders, nämlich dahin verstanden wurden, daß sie die Entnehmung der Genugthuung des Arrestaten aus der Kaution keineswegs absolut, sondern hypothetisch für den Fall anordnen, daß dem Arrestleger eine Verschuldung zur Last falle. Vgl. den Plenarbeschluß des Ob. Trib. vom 7. Januar 1850 (Entsch. Bd. XIX S. 18). Die Nichterwähnung dieses Gegenstandes in den Motiven zum Entwurf der R. C. P. O. und die Nichtaufnahme einer darauf bezüglichen Vorschrift in den Text derselben erklärt sich daraus, daß mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Arrestleger den durch ungerechtfertigte Arrestanlegung verursachten Schaden zu ersetzen habe, auch die darin begriffene Frage, ob der Arrestleger auf Verlangen des Richters die Gefahr der Arrestanlegung zu übernehmen habe, unentschieden gelassen werden und als dem bürgerlichen Rechte angehörig den Landesgesetzen überlassen bleiben sollte. **Steht demnach dem Beklagten ungeachtet der Sicherheitsleistung des Klägers ein**

Digitized by Google

Entschädigungsanspruch gegen ihn nur unter der Voraussetzung zu, daß ihm bezüglich der Erwirkung des Arrestes böser Vorsatz oder ein schuldbares Versehen zur Last fällt, so liegt es dem Beklagten ob, das Vorhandensein dieser Voraussetzung darzulegen und nachzuweisen. (R. G. 7. VI. 82.) A. VI. (90.) 394—400.

8. Ueber die Frage, **ob der Arrestleger, wenn der Arrest als ungerechtfertigt aufgehoben ist, unbedingt zum Ersatze des dem Schuldner durch die Arrestanlegung verursachten Schadens verpflichtet ist.** (R. G. 20. IX. 82.) S. § 808 R. C. VII. (116.) 376. 377 und § 801 R. C. VII. (116.) 377. 378.

9. **Der § 20 der Geb. O. für R.-Anw. und § 26 Ziff. 9 des Gerichtskostengesetzes haben auch den Fall zum Gegenstande, wenn dem Arrestantrage ein Widerspruch und eine Verhandlung darüber nachfolgt;** dies ist bestimmt daraus zu entnehmen, daß § 26 Ziff. 9 ausdrücklich nur den Fall betrifft, wenn die Entscheidung über den Arrestantrag durch Endurtheil zu treffen ist, und dabei gerade auf den vom Widerspruche handelnden § 805 der R. C. P. O. verweist. **Daß aber daneben nicht noch die Gebühr des § 23 Ziff. 1 Geb. O. in Ansatz gebracht werden darf,** ergibt sich sodann klar aus dem in § 23 Ziff. 1 angezogenen § 35 Ziff. 4 (3) des Gerichtskostengesetzes, welcher die letztere Gebühr ausschließt, wenn die erstere anzurechnen ist. (R. G. 23. X. 83.) A. VII. (141.) 514.

§ 806. **§ 806.**

Ist die Hauptsache nicht anhängig, so hat das Arrestgericht auf Antrag ohne vorgängige mündliche Verhandlung anzuordnen, daß die Partei, welche den Arrestbefehl erwirkt hat, binnen einer zu bestimmenden Frist Klage zu erheben habe.

§§ 202, 203.

Wird dieser Anordnung nicht Folge geleistet, so ist auf Antrag die Aufhebung des Arrestes durch Endurtheil auszusprechen.

Ger. K. G. § 26 Nr. 9. R. A. G. O. § 20.

1. **Die Anordnung eines dinglichen Arrestes (bezüglich einer einstweiligen Verfügung) bewirkt keine Rechtshängigkeit und auch keine Prävention in Betreff der Hauptsache für den Arrestbeklagten.** Keine Rechtshängigkeit, denn zufolge § 235 C. P. O. tritt Rechtshängigkeit durch Erhebung der Klage ein, und nach dieser Vorschrift ist erforderlich, daß die Hauptklage angestellt ist. Die Ausdehnung der Bestimmungen über Rechtshängigkeit auf analoge Fälle muß für ausgeschlossen erachtet werden. — Auch keine Prävention. Richtig ist, daß unter mehreren zuständigen Gerichten dem Kläger die Wahl zusteht (§ 35 C. P. O.). Die Ausübung des Wahlrechtes bindet den Kläger (§§ 235. 230 C. P. O.). Ob in dem Antrage auf Erlaß eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung eine Ausübung des Wahlrechtes zu finden sei, kann für zweifelhaft gelten. Eine Verpflichtung zur Anstellung der Hauptklage wird dadurch nach den Grundsätzen der Civilprozeßordnung nicht begründet (vgl. Motive zu § 751 S. 454). Nur infolge Antrages muß das Arrestgericht anordnen, daß die Hauptklage binnen einer zu bestimmenden Frist erhoben werde (§ 806 a. a. O.). Wenn man aber auch (mit v. Wilmowsky-Levy, Kommentar zur C. P. O. § 821 Note 1, 3. Aufl. S. 964) annehmen wollte, daß beim Vorhandensein mehrerer Gerichtsstände der Arrestantrag für den Arrestkläger als Ausübung des Wahlrechtes aufzufassen sei,

Digitized by Google

sodaß der Kläger verpflichtet werde, die Hauptklage beim Arrestgerichte anzustellen, so fehlt es doch an jedem Rechtsgrunde, hierdurch auch das Wahlrecht des Arrestbeklagten unter mehreren für die Erhebung der Hauptklage zuständigen Gerichten für konsumirt zu erachten. (R. G. 1. IV. 85.) R. C. XIII. (94.) 362—365.

2. **Gegen eine Anordnung nach § 806 Abs. 1 C. P. O. findet Beschwerde statt.** Es ist dadurch weder ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden, noch liegt ein Fall vor, in welchem eine besondere Vorschrift der Civilprozeßordnung die Beschwerde gestattet. Die entgegengesetzte Ansicht wird zwar von einigen Erklärern der C. P. O. vertheidigt, weil § 701 C. P. O. auch auf Entscheidungen im Arrestverfahren anzuwenden sei, woraus sowohl die Nothwendigkeit sofortiger Beschwerde bei Anfechtung von Entscheidungen, durch welche ein Arrestgesuch zurückgewiesen wird, als auch die Zulässigkeit derselben gegen Anordnungen nach § 806 C. P. O. hergeleitet wird. Aber nach § 808 finden die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung, mithin auch § 701, nur auf die Vollziehung des Arrestes Anwendung, nicht auf die Anordnung und die Aufhebung eines angeordneten Arrestes, mithin auch nicht auf eine nach § 806 ergehende Anordnung, durch welche der Partei, welche den Arrestbefehl erwirkt hat, die Erhebung der Klage binnen einer bestimmten Frist aufgegeben wird. Die Richtigkeit dieser von den meisten Erklärern der Civilprozeßordnung gebilligten, auch in der Rechtsprechung bereits mehrfach anerkannten Ansicht, (vgl. die Entsch. der Oberlandesgerichte zu Celle und Hamburg in Busch, Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. 3 S. 19 und Seuffert, Archiv Bd. 39 Nr. 174), findet eine besondere Bestätigung in der Vorschrift des § 813 Abs. 4 a. a. O., wonach gegen den Beschluß, durch welchen der Arrest aufgehoben wird, sofortige Beschwerde stattfindet; diese Vorschrift wäre überflüssig, wenn die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde schon aus § 701 sich ergäbe. (R. G. 13. III. 86.) R. C. XVI. (90.) 367.

3. **Unzulässigkeit einer Beschwerde gegen die Anordnung des Arrestgerichts, daß binnen bestimmter Frist Klage in der Hauptsache zu erheben sei.** Die Richtigkeit dieser von den meisten Erklärern der C. P. O. gebilligten, auch in der Rechtsprechung bereits mehrfach anerkannten Absicht (vgl. die Entscheidungen der O. L. G. zu Celle und Hamburg in Busch, Zeitschr. f. d. C. P. Bd. 3 S. 19 und Seuffert, Archiv Bd. 39 Nr. 174) findet eine besondere Bestätigung in der Vorschrift des § 813 Abs. 4, wonach gegen den Beschluß, durch welchen der Arrest aufgehoben wird, sofortige Beschwerde stattfindet; diese Vorschrift wäre überflüssig, wenn die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde schon aus § 701 sich ergäbe. Beschluß des Reichsgerichts vom 13. März 1886. R. A. 1886 bes. Beil. 3 S. 167 ff. S. A. Bd. 12 bezw. 42 Nr. 82 S. 120.

4. **Dem Arrestkläger steht das Rechtsmittel der Beschwerde gegen Entscheidungen nach § 806 der C. P. O. nicht zu.** Von einigen Kommentatoren wird dem Arrestkläger eine sofortige Beschwerde gegen Entscheidungen nach § 806 eingeräumt und ebenso gegen den ein Arrestgesuch ablehnenden Beschluß nur die sofortige Beschwerde (nach § 701), nicht die einfache Beschwerde (nach § 530), für zulässig erachtet, (vgl.

Digitized by Google

Hellmann Bd. 3 S. 165; Petersen 1. Aufl. Bd. 2 S. 864; Puchelt S. 675 sub 6; Bülow Anm. 4 zu § 802). Die Mehrheit der Kommentatoren dagegen: Struckmann und Koch 4. Aufl. Anm. 1 zu § 806; Seuffert 2. Aufl. Anm. 2 zu § 806; Gaupp Bd. 3 S. 464, 473; Wilmowsky und Levy 2. Aufl. Anm. 1 zu § 806 und Anm. 1 zu § 808; Petersen 2. Aufl. S. 1104, 1108; Endemann Bd. 3 S. 370; Merkel Arrest und einstw. Verf. S. 151, 177, erachtet **die Bestimmung des § 701 nicht** für **anwendbar auf Entscheidungen, welche nach § 802 und § 806 erfolgen,** weil nur die Vollziehung des Arrestes, nicht aber auch die Anordnung desselben und was damit zusammenhängt, zum Zwangsvollstreckungsverfahren gehört. Daß diese Ansicht dem Standpunkt der C. P. O. allein entspricht, ergibt sich aus dem § 808, wonach auf die Vollziehung des Arrestes die Vorschriften der Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung finden sollen, eine Bestimmung, welche überflüssig und nicht erklärlich sein würde, wenn ohnehin schon die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung auf das gesammte Arrestverfahren anwendbar wären, und aus welcher der Gegensatz zwischen der Vollziehung des Arrestes und dem die Anordnung des Arrestes und was damit zusammenhängt betreffenden Verfahren sich ergibt. Indem die entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung auf die erstere angeordnet wird, folgt daraus arg. e contrario, daß bezüglich des letzteren das Gleiche nicht gelten soll. Dem gegenüber kann kein entscheidendes Gewicht darauf gelegt werden, daß auch die Bestimmungen über die Anordnung des Arrestes in dem über die Zwangsvollstreckung handelnden 8. Buch ihre Stelle gefunden haben. Es kommt hinzu, daß die Bestimmung des § 813 Abs. 4, wonach gegen den Beschluß, durch welchen der Arrest aufgehoben wird, die sofortige Beschwerde stattfindet, völlig überflüssig sein würde, wenn sich dies nach § 701 schon von selbst verstände. Endlich spricht gegen die hier zurückgewiesene Ansicht die Erwägung, daß dieselbe zu der Konsequenz führen würde, auch dem Arrestbeklagten gegen den Beschluß, durch welchen ein Arrest angeordnet wird, die sofortige Beschwerde nach § 701 einzuräumen, so daß also der Rechtsbehelf des Widerspruchs gemäß § 804 mit der Beschwerde konkurriren würde, was die Meinung des Gesetzgebers nicht füglich gewesen sein kann, da es keinen Zweck haben konnte, neben dem Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde noch einen besonderen, ein weit umständlicheres Verfahren erfordernden, Rechtsbehelf zu schaffen. Beschluß des O. L. G. zu Hamburg vom 30. Oktober 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 174 S. 247. 248.

§ 807. **§ 807.**

Auch nach der Bestätigung des Arrestes kann wegen veränderter Umstände, insbesondere wegen Erledigung des Arrestgrundes oder auf Grund des Erbietens zu einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung die Aufhebung des Arrestes beantragt werden.

Die Entscheidung ist durch Endurtheil zu erlassen; sie erfolgt durch das Gericht, welches den Arrest angeordnet hat, und, wenn die Hauptsache anhängig ist, durch das Gericht der Hauptsache.

§ 648 Nr. 5. Ger. K. G. § 26 Nr. 9. R. A. G. O. § 20.

1. Es spricht viel dafür, daß die **Aufhebung eines durch Beschluß angeordneten Arrestes durch einen anderweiten Beschluß des Arrestgerichtes**

Digitized by Google

selbst, sowie überhaupt die Aufhebung eines angeordneten Arrestes auf den eigenen Antrag des Arrestklägers in einem auf der Grundlage der deutschen C. P. O. sich bewegenden Verfahren niemals vorkommen könne. Eine solche Aufhebung ist aber jedenfalls dann nicht auszusprechen, wenn von dem Arrestkläger selbst anerkannt wird, daß die Arrestanordnung vor ihrer Vollstreckung dadurch, daß die zweiwöchige Frist des § 809 Abs. 2 C. P. O. unbenutzt verstrichen ist, bereits jede praktische Bedeutung verloren hat. (R. G. 29. X. 84.) R. C. XV. (126.) 430.

2. **Der § 807 behandelt den Antrag auf Herabsetzung des Arrestes,** wie der Zusammenhang mit den vorausgehenden Bestimmungen über Aufhebung des Arrestes zeigt, **als einen Theil des Arrestverfahrens, nicht als einen selbständigen, von dem Arrestverfahren losgelösten Klaganspruch.** Und wenn auch § 807 als Antragsteller nicht den Arrestbeklagten bezeichnet, so ergibt doch wiederum der Zusammenhang mit § 804 ff., daß in allen diesen Bestimmungen als Antragsteller der Arrestbeklagte vorausgesetzt wird. Ist aber der Antrag auf Herabsetzung des Arrestes ein Theil des Arrestverfahrens, so entscheidet gegen den Eintritt des Klägers als Singularsuccessors des Arrestbeklagten in das Arrestverfahren der Grundsatz des § 236 Abs. 2 der C. P. O. Derselbe, auf das Arrestverfahren als besondere Prozeßart angewendet, führt zu dem Satz, daß der Rechtsnachfolger in **das Arrestobjekt ohne Zustimmung des Arrestklägers weder als Arrestbeklagter in das Arrestverfahren eintreten noch eine Hauptintervention erheben kann.** Urtheil des O. L. G. zu Stettin vom 13. Februar 1883. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 280 S. 380. 381.

3. **Die Berufung gegen das einen durch Beschluß angeordneten Arrest auf Widerspruch des Arrestbeklagten für gerechtfertigt erklärende Urtheil ist nicht unzulässig, wenn das Gericht erster Instanz hinterher auf die Anzeige des Arrestklägers, daß er die Pfandstücke freigegeben habe, dem hiermit verbundenen Antrage desselben entsprechend den Arrest durch Beschluß aufgehoben hat.** Durch diese Aufhebung des Arrestes ist nur ausgesprochen, daß derselbe nunmehr — für die Zukunft — dem Arrestbeklagten gegenüber seine Wirksamkeit verlieren solle, womit die Frage, ob das Urtheil den Arrest mit Recht oder Unrecht bestätigt habe, in keiner Weise entschieden ist. Hierüber konnte durch den Beschluß auch gar nicht entschieden werden. Denn an das auf den in Gemäßheit des § 804 C. P. O. von dem Arrestbeklagten erhobenen Widerspruch ergangene Urtheil, welches nach § 805 C. P. O. ein Endurtheil ist, war das Gericht nach § 289 C. P. O. gebunden, sodaß über diesen Streitpunkt in erster Instanz eine Verhandlung und Entscheidung überhaupt nicht mehr zulässig war. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß mit Rücksicht auf die Natur des Arrestes als einer vorläufigen Sicherheitsmaßregel nach § 807 C. P. O. auch nach erfolgter Bestätigung des Arrestes Abänderungen wegen veränderter Umstände zulässig sind, insbesondere auch die gänzliche Aufhebung wegen Erledigung des Arrestgrundes oder Abweisung der in Betreff der Hauptsache erhobenen Klage verfügt werden kann. Denn einestheils handelt es sich hierbei nicht darum, ob die Anordnung des Arrestes gerechtfertigt war oder nicht, sondern vielmehr um die Frage, ob der zur Zeit der Anordnung gerechtfertigte Arrest inzwischen aufgehört hat, gerechtfertigt zu sein, und anderentheils kann hierüber nach § 807 C. P. O.

Digitized by Google

nur auf Grund mündlicher Verhandlung durch Endurtheil — nicht durch bloßen Beschluß — entschieden werden. Daß der Arrestkläger durch die Freigebung der auf Grund des Arrestes gepfändeten Gegenstände und durch seinen Antrag auf Wiederaufhebung des angelegten Arrestes die Unrechtmäßigkeiten desselben hat anerkennen, bezw. sich hat verpflichten wollen, auf die ihm aus dem die Rechtmäßigkeit des Arrestes feststellenden Urtheile erwachsene Rechtslage Verzicht zu leisten, ist nicht ersichtlich. Der bloße nachträgliche Verzicht auf die Wirkungen des durch die Vollziehung des Arrestes erworbenen Pfandrechtes ist nicht geeignet, dem Arrestbeklagten das Recht der Beschwerde gegen die ihm nachtheilige Entscheidung des Urtheiles zu entziehen, sondern es könnte sich vielmehr nur fragen, ob dem Arrestbeklagten hierdurch der Stoff zu einer neuen Einrede gewährt sei, welche er nach § 491 C. P. O. mittels der Berufung geltend zu machen berechtigt sein würde. (R. G. 13. II. 86.) R. C. XVI. (72.) 325—328.

Vollziehung.

§ 808. **§ 808.**

Auf die Vollziehung des Arrestes finden die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten.

§§ 715, 749. Inventar der Posthaltereien R. Post-G. v. 28./10. 41 § 20. Segelfertige Schiffe u. s. w. H. G. B. 446 Abs. 2. Konk. O. § 11.

1. **Die Wirksamkeit einer Arrestvollstreckung hängt davon ab, daß der Arrestbeschluß dem Schuldner zugestellt worden ist.** Die Nichtbeobachtung der Vorschrift der §§ 808. 802 Abs. 2 und § 671 kann nicht etwa bloß als Verstoß gegen eine, das Verhalten des Gerichtsvollziehers regelnde Instruktion aufgefaßt werden, man hat es hier vielmehr mit einem absoluten Verbote zu thun, dessen Uebertretung die betreffende Haltung zu einer ungesetzlichen macht und ihr die rechtsbegründende Wirkung, die Entstehung eines Pfandrechtes, nach §§ 810. 709 a. a. O. benimmt. Für das letztere sprechen überwiegende Gründe. Aus dem Sprachgebrauche der Civilprozeßordnung läßt sich nur soviel herleiten, daß die Ausdrucksweise „darf nicht", wie sie im vorliegenden Falle (§ 671) gebraucht ist, nicht bloß bei Vorschriften instruktioneller Art, sondern auch dann gewählt ist, wenn ein Zuwiderhandeln gegen das Verbot die betreffende Prozeßhandlung ungültig macht. So im § 171: „An Sonntagen und allgemeinen Feiertagen darf eine Zustellung — nur mit richterlicher Erlaubniß erfolgen. . . . Eine Zustellung, bei welcher die Bestimmungen dieses Paragraphen nicht beachtet sind, ist gültig, wenn die Annahme nicht verweigert ist." Die Entscheidung ist deßhalb aus der Bedeutung der Zustellung für den Schuldner zu entnehmen. Nicht jedes Urtheil braucht zugestellt zu werden bloß deßhalb, weil es erlassen ist. Die Motive S. 222 bemerken: „Die Verkündung macht die Zustellung des Verkündeten entbehrlich. Für die Urtheile spricht dies Abs. 2 des § 273 — jetzt § 283 — aus, während bezüglich der Endurtheile Abweichungen von jener Regelvorschrift für den Beginn des Laufes der Nothfristen und die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus überwiegenden

Digitized by Google

Gründen geboten erscheinen." Ferner S. 410: „Die Zustellung des zu vollstreckenden Urtheiles . . . vor der Zwangsvollstreckung vermittelt die Kenntniß des Schuldners von demselben. Zugleich wird damit in gewissem Maße ein vor der Zwangsvollstreckung zu erlassendes Vollziehungs- oder Befriedigungsgebot ersetzt." Das hier in den Vordergrund gestellte Interesse des Schuldners an der Zustellung verdient aber in noch weit höherem Grade Berücksichtigung, wenn es sich um einen Arrest handelt. Nach § 801 kann die Entscheidung über das Arrestgesuch ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen, auch eine anderweite Anhörung des Schuldners vor Erlaß des Arrestbeschlusses ist nicht geboten; die Zustellung desselben ist nach § 802 Abs. 2 in die Hand des Gläubigers gelegt. Angesichts dieser Bestimmungen ist es undenkbar, daß die zur Erörterung stehende Vorschrift, welche gleichmäßig an derselben Stelle das Verfahren bei Arrestvollziehungen und Zwangsvollstreckungen regelt, nicht als ein zwingendes Verbot hat gegeben sein sollen. Denn eine andere Annahme müßte dahin führen, dem Gesetze einen Mangel in der Fürsorge für den berechtigten Schutz des Schuldners gegen die Willkür des Gläubigers beizumessen. (R. G. 4. III. 82.) R. C. VI. (120.) 388—390. A. V. (94.) 376—378. (R. C. VIII. (128.) 431 und Entsch. des R. G. v. 23. V. 85 in U. u. A. II. (204.) 438.)

2. Nach den §§ 671. 703 C. P. O. darf die Zwangsvollstreckung erst beginnen, nachdem die Zustellung der vollstreckbaren Urkunde an den Schuldner stattgefunden hat, und § 808 a. a. O. bestimmt, daß auf die Vollziehung des Arrestes die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung finden, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten. Da eine bezügliche Ausnahme für das Arrestverfahren nicht gemacht ist, so **kann es keinen Zweifel erleiden, daß auch die Vollziehung des Arrestes nur stattfinden darf nach Zustellung des Arrestbefehles**, der im Sinne des Gesetzes für das Arrestverfahren an Stelle der vollstreckbaren Urkunde tritt, und zwar um so weniger, als das Gesetz sichtlich großes Gewicht darauf legt, daß dem Schuldner sofort Gelegenheit gegeben werde, den Arrest, sei es durch Nachweis des Ungrundes desselben (§ 804 a. a. O.), sei es durch Sicherheitsleistung (§§ 803. 807 a. a. O.) zu beseitigen und seine Vollziehung zu verhindern. Allerdings führt die Bestimmung in § 809 Abs. 2, nach welcher die Vollziehung des Arrestes binnen zwei Wochen nach Zustellung des Arrestbefehles an den Impetranten stattfinden muß, im Zusammenhalt mit der Ansicht, daß der Arrest erst nach Zustellung des Arrestbefehles an den Schuldner vollzogen werden dürfe, dazu, daß derselbe im Falle des § 189 Abs. 2 geradezu unvollziehbar wäre. Der Wortlaut des Gesetzes ergibt hier einen Widerspruch; allein dies kann kein Grund sein, das System des Gesetzes zu verlassen, vielmehr ist nur Anlaß gegeben, die für einen Ausnahmefall sich ergebende Anomalie im Wege einer im Sinne des Gesetzes entsprechenden und die praktische Durchführung seiner Prinzipien ermöglichenden Auslegung zu beseitigen. Es fragt sich nun, ob und inwieweit etwa die besondere Natur der Pfändung von Forderungen eine Abweichung von diesen Prinzipien nöthig mache. Wollte man dieselben in voller Strenge zur Anwendung bringen, so müßte man fordern, daß der Arrestbefehl zuerst dem Schuldner zugestellt, so-

Digitized by Google

dann erst auf Grund dieser Zustellung der Pfändungsbeschluß, von welchem § 730 C. P. O. spricht, erwirkt und nunmehr die Pfändung durch Zustellung dieses Beschlusses zum Vollzuge gebracht werde. Ob dieser umständliche Weg nöthig, ob es nicht vielmehr, wenigstens ohne die Rechtswirksamkeit der Pfändung selbst zu gefährden, statthaft sei, Arrestbefehl und Pfändungsbeschluß gleichzeitig zu erlassen oder beides in einem Beschlusse zu vereinigen, kann bei gegebener Sachlage dahin gestellt bleiben, da jedenfalls angenommen werden muß, daß die Pfändung selbst, welche nach § 730 Abs. 3 C. P. O. durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner bewirkt wird, erst stattfinden dürfe, nachdem der Arrestbefehl dem Schuldner zugestellt ist. Zieht man zunächst das Zwangsvollstreckungsverfahren in Betracht, so erscheint klar, daß die besonderen Bestimmungen, welche § 730 a. a. O. für die Pfändung von Forderungen gibt, den Gläubiger der Verpflichtung nicht entheben, der allgemeinen Vorschrift des § 641 a. a. O. gemäß die vollstreckbare Urkunde dem Schuldner vorher zuzustellen. Es ist durchaus kein Grund erfindlich, warum der Umstand, daß hier die Pfändung nicht in die Hand des Gerichtsvollziehers gegeben, sondern durch besonderen Gerichtsbeschluß zu verfügen ist, die Erfüllung besagter Förmlichkeit beseitigen sollte. Da nun für das Arrestverfahren Abweichendes nicht bestimmt ist, so **ergibt sich nach § 808 C. P. O. von selbst, daß auch hier die Pfändung von Forderungen nicht erfolgen kann, bevor nicht der an Stelle der vollstreckbaren Urkunde tretende Arrestbefehl dem Schuldner zugestellt ist.** Alle für die Nothwendigkeit dieser Zustellung bei Pfändungen überhaupt sprechenden Gründe treffen auch hier zu, und es tritt noch der weitere Grund hinzu, daß, während bei Mobiliarpfändungen der Schuldner wenigstens durch die Pfändung selbst der Regel nach Kenntniß von der eingeleiteten Verfolgung erhält, bei Pfändungen von Forderungen, die durch Zustellung an eine dritte Person bewirkt werden, dies nicht der Fall, also eine Benachrichtigung des Schuldners noch viel nöthiger ist. Im Hinblicke hierauf wurde denn auch in denjenigen Gesetzgebungen, welche Pfändung von Forderungen ohne vorausgehende Zustellung an den Schuldner gestatten, das größte Gewicht darauf gelegt, daß wenigstens eine sofortige nachfolgende Zustellung vollkommen sichergestellt werde. So schreibt der Code de procédure (Artt. 563. 565) bei Strafe der Nichtigkeit der Pfändung Benachrichtigung des Schuldners und Erhebung der Gültigkeitsklage binnen 8 Tagen vor, und die preußische Allg. Gerichtsordnung Tit. 29 §§ 36. 56 macht wenigstens dem Richter unverzügliche Benachrichtigung des Schuldners zur Pflicht. Würde man auch unter Herrschaft der Civilprozeßordnung eine Pfändung ohne vorherige Zustellung des Arrestbefehles für statthaft erachten, so bliebe zum Schutze der Interessen des Schuldners nichts übrig, als die einfache Weisung, welche § 730 a. a. O. dem Gerichtsvollzieher gibt, er habe sofort nach Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschulder auch dem Schuldner selbst bezügliche Zustellung zu machen. Wenn dem entgegen diejenigen Gesichtspunkte geltend gemacht werden, welche es als unzweckmäßig und den Erfolg der Pfändung gefährdend erscheinen lassen, den Schuldner vorher zu benachrichtigen, wenn insbesondere darauf hingewiesen wird, daß die Zustellung eines Arrestbefehles, welcher mehr oder minder

Digitized by Google

die Absicht des Gläubigers, auf gewisse Gegenstände zu greifen, erkennen lasse, eine ganz andere Bedeutung habe, als die einfache Zustellung einer vollstreckbaren Urkunde, daß ferner der Arrest an sich das Bestreben des Schuldners, dem Gläubiger die Mittel zu seiner Befriedigung zu entziehen, unterstelle (§ 797 a. a. O.), diesem Bestreben aber geradezu Vorschub geleistet werde, wenn man dem Schuldner Zeit lasse, die Forderungen einzuziehen oder darüber zu verfügen, so enthalten diese Erwägungen unverkennbar viel Richtiges, allein welches Gewicht man auch denselben beilegen möge, könnten sie jedenfalls nicht dazu führen, das System des Gesetzes zu ändern und für eine einzelne Art der Pfändung besondere Prinzipien aufzustellen, für welche die Bestimmungen des Gesetzes keinen Anhaltspunkt bieten. Uebrigens ist andererseits darauf hinzuweisen, daß das Gesetz nicht vorschreibt, es solle der Arrestbefehl, welcher den dinglichen Arrest gestattet, die zu pfändenden Gegenstände oder auch nur die Art der vorzunehmenden Pfändung bezeichnen, insbesondere aber hervorzuheben, daß die Bestimmungen des § 744 C. P. O. geeignet sind, den bezeichneten Mißständen zu begegnen und auch den Interessen des Gläubigers volle Geltung zu verschaffen. Es liegt kein Grund vor, diesen zu den „Vorschriften über die Zwangsvollstreckung" gehörigen Bestimmungen die durch § 808 C. P. O. gebotene entsprechende Anwendung auf das Arrestverfahren zu versagen oder anzunehmen, daß in dieser Beziehung der Arrestbefehl nicht geeignet sei, den nach § 744 a. a. O. erforderlichen „vollstreckbaren Schuldtitel" zu ersetzen. Daß fragliche Bestimmungen für das Arrestverfahren nicht ohne praktische Bedeutung seien, ergibt sich zur Genüge aus vorstehenden Erörterungen. (R. G. 16. III. 83.) R. C. VIII. (128.) 429—433. A. VII. (156.) 493—495. (R. C. VI. (120.) 388. S. auch Entsch. des R. G. v. 23. V. 85 in U. u. A. II. (204.) 438.)

3. Nach § 712 geschieht die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sachen dadurch, daß der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt. **Nach § 671 in Verbindung mit § 808 darf die Zwangsvollstreckung aus einem Arrestbefehle nur beginnen, wenn der Befehl vorher oder gleichzeitig zugestellt wird. Die Zustellung ist also noch rechtzeitig, wenn sie gleichzeitig mit dem ersten Vollstreckungsakte,** z. B. mit der Besitznahme der zu pfändenden Sache, **erfolgt.** Die Zustellung des Arrestbefehls braucht also nicht jedem Angreifen einer Sache voranzugehen. (R. G. 31. I. 82.) R. A. IV. (51.) 101. Ueber das Wort „gleichzeitig" s. § 671 eodem.

4. **Wenn die Pfändung der Zustellung des Arrestbefehls vorausgeht, und demnach die Pfändung unwirksam ist, so kann diese nicht dadurch wirksam gemacht werden, daß nachträglich der Arrestbefehl dem Schuldner zugestellt wird.** (R. G. 12. VI. 85.) U. u. A. III. (16.) 39.

5. **Die Civilprozeßordnung unterscheidet in den §§ 799 ff. und den §§ 808 ff. ganz ausdrücklich zwischen der Anordnung und der Vollziehung des Arrestes.** Die erstere beruht auf einem lediglich gegen den Arrestaten gerichteten Verfahren, in welchem nur über die Frage, ob ein zureichender Arrestgrund vorliege, entweder ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß oder nach mündlicher Verhandlung durch Endurtheil entschieden wird, gegen welche Entscheidung dem Arrestaten Widerspruch oder Berufung zustehen.

Digitized by Google

Erst auf Grund dieser Rechtsentscheidung findet die Vollstreckung statt, durch welche, wenn sie in der gesetzlichen Form bewirkt wird, allein ein Pfandrecht an einer Sache oder an einem Rechte begründet werden kann. Daher gehört die Bezeichnung bestimmter Gegenstände, in welche demnächst der Arrest vollstreckt werden soll, nicht in den Arrestanordnungsbeschluß, und wenn eine solche gleichwohl darin erfolgt ist, so verliert die Entscheidung dadurch noch nicht ihren Charakter als eines bloßen Arrestanordnungsbeschlusses, und es kann keineswegs ohne Weiteres angenommen werden, daß der Arrestrichter damit zugleich auch denjenigen Beschluß habe erlassen wollen, welcher gesetzlich zur Vollziehung des Arrestes, also zur wirklichen Pfändung, erforderlich ist. Dies würde an sich klar sein, wenn z. B. in dem den Arrest anordnenden Beschlusse bestimmte bewegliche Sachen als Gegenstände der Arrestvollstreckung genannt wären, da die wirkliche Pfändung solcher nach § 712 C. P. O. nicht durch Zustellung eines gerichtlichen Beschlusses, sondern nur durch Besitznahme seitens des Gerichtsvollziehers bewirkt werden kann. In der Bezeichnung solcher Gegenstände in dem Arrestanordnungsbeschlusse könnte daher höchstens eine vorläufige Benachrichtigung des Arrestaten gefunden werden, daß der Arrestsucher die Absicht habe, demnächst den Beschluß in diese Gegenstände vollstrecken zu lassen. Die Pfändung von Vermögensrechten erfolgt nun freilich, wenn ein Dritter nicht vorhanden ist, nach § 754 C. P. O. durch Zustellung eines richterlichen Gebotes an den Arrestaten, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, und wenn gemäß § 810 a. a. O. der den Arrest anordnende Richter zugleich zu dessen Vollziehung kompetent ist, so liegt allerdings die Möglichkeit vor, beide Beschlüsse, den Arrestanordnungsbeschluß (§ 802) und das zur Vollziehung desselben gemäß §§ 810. 754 a. a. O. zu erlassende richterliche Gebot an den Arrestaten, gleichzeitig in demselben Dokumente zu erlassen und zuzustellen, und es wird ein wesentliches Bedenken dagegen nicht obwalten, dies Verfahren auf Antrag des Arrestaten einzuschlagen. **Da aber das Gesetz die Entstehung eines Pfandrechtes an ganz bestimmte formelle Voraussetzungen knüpft und zwischen dem Arrestanordnungsbeschlusse und dem richterlichen Gebote, durch dessen Zustellung nach § 754 C. P. O. die Pfändung eines Rechtes bewirkt wird, als zwei ganz verschiedenen Rechtsakten unterscheidet, so kann ein Zweifel darüber nicht obwalten, daß der Wille des Richters, zugleich mit der Anordnung des Arrestes das zur wirklichen Pfändung erforderliche Gebot zu erlassen, in dem Beschlusse einen klaren Ausdruck gefunden haben muß, wenn es auch dazu nicht gerade des Gebrauches bestimmter solenner Worte bedarf.** Ob in einem konkreten Falle jener Wille des Richters vorhanden und in dem Beschlusse in genügend klarer Weise ausgedrückt ist, ist lediglich Sache der thatsächlichen Beurtheilung. (R. G. 31. III. 83.) R. C. IX. (92.) 321. 322. A. VII. (179.) 580 ff.

6. **Auf Grund eines erwirkten allgemeinen Arrestbefehles können auf dem Stamm stehende Bäume vom Gerichtsvollzieher nicht rechtswirksam mit Beschlag belegt werden.** Die auf dem Stamme stehenden Bäume gehören weder zu den Früchten im Sinne des § 714 C. P. O., noch auch können sie nach den Bestimmungen des preußischen A. L. R.'s I. 2 zu den beweglichen Sachen gerechnet werden. Bezüglich der unbeweglichen Sachen bestimmt sich aber die Vollziehung des Arrestes nach den Landesgesetzen

Digitized by Google

(vgl. C. P. O. § 811 und § 24 des preuß. Gesetzes betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 4. März 1879, G. S. S. 102). Darnach aber bedarf es außer dem generellen Arrestbefehl noch einer richterlichen Verfügung, durch welche der Arrest vollzogen, d. h. dem Schuldner die Verfügung über das speziell zu bezeichnende Immobile untersagt wird (A. L. R. I. 20 § 442). (R. G. 4. I. 81.) R. St. III. (67.) 175. R. A. II. (331.) 696—698. A. III. (93.) 247.

7. **Ein gegen einen minderjährigen Schuldner erlassenes Veräußerungsverbot ist auch für dessen als Empfänger der gerichtlichen Verfügung bezeichneten gesetzlichen Vertreter maßgebend.** (B. O. L. 3. VII. 84.) S. X. (176.) 476.

8. Die Vollziehung der Pfändung einer Forderung verändert die rechtliche Lage des Drittschuldners, und zwar indem sie für denselben besondere Verpflichtungen erzeugt, wie sie nicht etwa in ähnlicher Weise durch eine von ihm zu gewärtigende freiwillige Uebertragung der Forderung seitens seines Gläubigers begründet werden. Dies ergeben die §§ 739, 750 der C. P. O. Ist der Pfändungsbeschluß gegenüber dem **Drittschuldner** zu Unrecht ergangen, so ist dieser durch denselben verletzt, und **hat** deßhalb **das Beschwerderecht der §§ 701, 808**, zumal er auch im Sinn des Vollstreckungs- bezw. Arrestvollziehungsverfahrens in Forderungen ein Betheiligter ist, wie sich daraus ergibt, daß er auf Verlangen des Gläubigers innerhalb dieses Verfahrens unter Rechtsnachtheilen Erklärungen abzugeben und Handlungen vorzunehmen verpflichtet ist (vgl. insbesondere § 739). Der Erhebung der Beschwerde schon auf Grund des Pfändungsbeschlusses steht der § 685 der C. P. O. nicht entgegen. Dieser Paragraph setzt, insbesondere in der entsprechenden Anwendung im Fall der Arrestvollziehung gemäß 808 voraus, daß sich in Bezug auf die Art und Weise der Ausführung der Vollziehung Einwendungen oder Erinnerungen ergeben, daß es sich also um eine Kognition des Arrestgerichts handelt, die bisher noch nicht ausgeübt ist. Dagegen hat der Paragraph nicht den Sinn, daß, wenn es der mit voller Kenntniß der erheblichen rechtlichen und thatsächlichen Beziehungen gefaßte Beschluß der Arrestvollziehung ist, welcher einen Betheiligten verletzt, dieser erst noch bei dem Vollstreckungsgericht remonstriren müsse, ehe er von der Beschwerde Gebrauch machen kann. Beschluß des Reichsgerichts vom 2. Mai 1885, R. A. 1885 bes. Beil. 6 S. 297 ff. S. A. XLI. bezw. XI. (158.) 239.

9. **Nach dem auch hier anwendbaren § 697 fallen die nothwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung dem Schuldner zur Last und sind mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruche beizutreiben; der Arrestbefehl unterliegt aber der Vollstreckung auch ohne Vollstreckungsklausel.** (R. G. 19. II. 83.) R. C. VIII. (119.) 403.

10. Wie der Kläger, wenn er im Rechtsstreite unterliegt, aus diesem Grunde ohne Rücksicht auf ein ihm zur Last fallendes Verschulden nicht allein die Kosten des Rechtsstreites zu tragen, sondern auch im Falle stattgehabter Zwangsvollstreckung die Kosten derselben dem Gegner zu erstatten hat, wenn das Urtheil, aus welchem dieselbe erfolgt ist, aufgehoben wird (§ 697 Abs. 2 C. P. O.), so **hat auch der Gläubiger, welcher einen Arrest wider den Schuldner erwirkte, wenn der den Arrest anordnende Befehl auf Widerspruch des Schuldners als ungerechtfertigt aufgehoben wird,**

Digitized by Google

aus diesem Grunde ohne Rücksicht auf ein ihm zur Last zu legendes Verschulden gemäß dem nach § 808 C. P. O. auf die Vollziehung des Arrestes entsprechende Anwendung findenden § 697 Abs. 2 außer den Kosten der Arrestanlegung und des durch den Widerspruch des Schuldners gegen die Arrestanlegung veranlaßten Rechtsstreites auch diejenigen Kosten zu tragen oder dem Schuldner zu erstatten, welche durch die Vollziehung des Arrestes einschließlich der im Falle des § 810 Abs. 4 C. P. O. angeordneten Versteigerung der Arrestgegenstände entstanden sind oder zu dem Zwecke, letztere in den Besitz des Schuldners zurückzubringen, aufgewendet werden mußten. (Bezüglich der Entschuldigungspflicht des Arrestanlegers s. § 801 ad R. C. VII. (116.) (377—383.) — (R. G. 20. IX. 82.) R. C. VII. (116.) 376. 377.

§ 809. **§ 809.**

Arrestbefehle bedürfen der Vollstreckungsklausel nur in dem Falle, wenn nach Erlassung der Befehle eine Rechtsnachfolge auf Seiten des Gläubigers oder des Schuldners eingetreten ist.

§§ 664—667; 693—697.

Die Vollziehung des Arrestbefehls ist unstatthaft, wenn seit dem Tage, an welchem der Befehl verkündet oder der Partei, auf deren Gesuch derselbe erging, zugestellt ist, zwei Wochen verstrichen sind.

§§ 200. Ger. K. G. § 35 Nr. 1. R. A. G. O. §§ 24, 35.

1. **Die Erneuerung eines Arrestgesuches ist statthaft, wenn der in Folge des früheren Gesuches erlassene Arrestbefehl wegen Nichteinhaltung der in § 809 Abs. 2 der Reichs-Civilprozeßordnung vorgesehenen Zustellungsfrist unwirksam geworden ist.** Die Motive zu dem Entwurfe der Civilprozeßordnung, in welchem der angeführte § 809 mit seinem vollständigen Inhalte als § 754 vorkommt, erläutern den Abs. 2 dieser Gesetzesstelle durch die Erwägung, daß die Vollziehung des Arrestbefehles dem Betreiben des Gläubigers überlassen sei, und deßhalb die Beschränkung der Vollstreckbarkeit auf eine kurze Frist erforderlich erschiene, um die Vollziehung des Arrestes unter vielleicht ganz veränderten Verhältnissen zu verhüten. (Vgl. Hahn, Gesammelte Materialien zur Civilprozeßordnung Abth. 1 S. 476.) Wenn also das Gesetz vorschreibt, daß der der darum nachsuchenden Partei in einem bestimmten Zeitpunkte zur Kenntniß gebrachte Arrestbefehl auch innerhalb einer gewissen Frist vollzogen werden muß, so sollte durch diese gesetzliche Anordnung nur der Rücksicht nachgegeben werden, daß eine mögliche Veränderung der Umstände dem Arrestbefehle seine ursprüngliche Grundlage und damit die Bedingungen seiner Rechtmäßigkeit entzogen haben könnte. Das Gesetz hat jedoch nicht beabsichtigt, durch die besagte Bestimmung einem Gläubiger auch bei unverändert gebliebenen Verhältnissen die früher nachgesuchte und erwirkte Sicherungsmaßregel für die Zukunft schlechthin abzuschneiden, und es folgt hieraus, daß eine Partei gesetzlich an und für sich nicht gehindert ist, einen Arrestbefehl, welcher auf Grund der erwähnten Gesetzesbestimmung wirkungslos geworden ist, unter Erneuerung des früheren Gesuches wiederholt zu beantragen. (Vergl. auch Puchelt, Civilprozeßordnung Bd. II S. 682 Note 6; Seuffert, Civilprozeßordnung zu § 809 S. 809 Note 2.) Die Anwendung des § 809 Abs. 2 a. a. O. läßt die Möglichkeit, einen Arrestantrag zu erneuern, in ähnlicher Weise frei wie die Anwendung des § 641 die Möglichkeit einen

Digitized by Google

bedingten Zahlungsbefehl wiederholt zu beantragen. Denn gleichwie ein Zahlungsbefehl nach § 641 dergestalt seine Kraft verliert, daß auch die gemäß § 633 mit der Zustellung desselben an den Schuldner an sich eintretenden Wirkungen der Rechtshängigkeit erlöschen, wenn die Erlassung des Vollstreckungsbefehles nicht innerhalb der durch § 641 festgesetzten Frist nachgesucht wird, so macht auch die Anwendung des § 809 Abs. 2 das bisherige Arrestverfahren wirkungslos, ohne für die künftig beabsichtigten Sicherheitsmaßregeln ein Präjudiz zu schaffen. (B. O. L. 29. IV. 81.) S. IX. (40.) 127. 128.

2. **Die Anwendbarkeit des § 809 Abs. 2 der C. P. O. auf die Vollziehung einstweiliger Verfügungen** wird allerdings vielfach als durch § 815 vorgeschrieben angesehen. (Vgl. v. Wilmowsky u. Levy, 4. Aufl. Anm. 1 zu § 815 a. E.; Gaupp zu § 815 Anm. 1 a. A., Anm. 2 a. E.; Seuffert, 3. Aufl. zu § 815 Anm. 1; Merkel, Arrest und einstweil. Verfügungen S. 238; Peters, Arrest und die einstweil. Verfügungen nach preuß. Recht S. 80, woselbst auf § 102 Abs. 2 der preuß. Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher verwiesen wird; hamburgische rev. Instr. für die Angestellten des Gerichtsvollzieheramts und die übrigen Gerichtsvollzieher vom 29. Juli 1882 § 85.) Im Prinzip derselben Ansicht ist Dorendorf, Arrest und einstweilige Verfügungen S. 152; derselbe hält aber das Gericht für befugt, in gewissen Fällen, nämlich wenn behufs Erreichung des Zwecks der einstweiligen Verfügung eine längere Dauer der Vollziehbarkeit erforderlich ist — wobei er als Beispiel § 584 der C. P. O. in Bezug nimmt — in der Verfügung eine längere Wirksamkeit derselben zu bestimmen. Hierfür spricht sich auch der Kommentar von v. Wilmowsky und Levy a. a. O. aus. Der in Busch, Zeitschrift für Civilprozeß Bd. 6 S. 532 angeführte Beschluß des O. L. G. zu Dresden enthält bezüglich einer im Eheprozeß wegen der Alimente erlassenen einstweiligen Verfügung nach der Angabe a. a. O. die Bemerkung: „Die Vollziehung einer solchen Verfügung ist an die zweiwöchentliche Frist in § 809 Abs. 2 der C. P. O. nicht gebunden." Ob in jenem Fall die einstweilige Verfügung eine auf die längere Vollziehbarkeit derselben bezügliche Bestimmung enthielt, ist aus dem Referat nicht zu ersehen. Es muß aber auch, wo eine solche Bestimmung fehlt, der vom O. L. G. zu Dresden aufgestellte Satz als richtig angesehen werden. Wäre die Ansicht zu billigen, daß § 809 Abs. 2 auf die Zwangsvollstreckung aus einstweiligen Verfügungen anzuwenden sei, so müßte es mindestens sehr bedenklich erscheinen, dem Gericht die Befugniß beizulegen, die Anwendbarkeit durch eine deßfallsige Bestimmung in der einstweiligen Verfügung auszuschließen. Die Worte in der Vorschrift des § 815: **„entsprechende Anwendung"** können ungezwungen nur dahin verstanden werden, daß die in Bezug genommenen Vorschriften über den Arrest, soweit sie überhaupt anwendbar sind, auch bei einstweiligen Verfügungen zur Anwendung kommen sollen, insofern nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Vorschriften enthalten. Versteht man aber unter der Vollziehung einer einstweiligen Verfügung die Zwangsvollstreckung aus derselben, so ist nicht einzusehen, warum nicht die Vorschrift entsprechend, d. h. unter Substituirung der Worte: „die einstweilige Verfügung" an Stelle der Worte: „der Befehl" auf dieselbe anwendbar sein könne:

Digitized by Google

daß die Vollziehung unstatthaft sei, wenn seit dem Tage, an welchem der Befehl der Partei, auf deren Gesuch derselbe erging, zugestellt ist, zwei Wochen verstrichen sind. Ist das aber der Fall, so würde auch aus § 817 Abs. 1 eine Befugniß des Gerichts, die Frist zu verlängern, schwerlich abgeleitet werden können. Denn unter den zur Erreichung des Zwecks erforderlichen Anordnungen, welche § 817 Abs. 1 dem freien Ermessen des Gerichts überläßt, kann kaum die Anordnung verstanden werden, daß die Verfügung länger vollziehbar sein solle, als das Gesetz gestattet, vielmehr werden darunter nur diejenigen Anordnungen verstanden werden können, welche den materiellen Inhalt der Verfügung bilden. Von diesem Standpunkt aus würde es ferner ganz willkürlich sein, den Anfangspunkt der Frist des § 809 Abs. 2 anders zu bestimmen, als der klare Wortlaut dieser Vorschrift ihn bestimmt. Beschluß des O. L. G. zu Hamburg vom 10. November 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 175 S. 244. 245.

3. **Wenn die Einhaltung der vierzehntägigen Frist zur Vollziehung des Arrestes wegen großer Entfernung der Arrestparteien von einander nicht möglich ist, so kann die Zustellung des Arrestbefehls telegraphisch erfolgen. Solchen Falls zu beobachtende Formalitäten.** (R. G. 5. VII. 84.) U. u. A. I. (17.) 38.

4. **Nach Ablauf der Frist des § 809 Abs. 2 der C. P. O. erlischt die Arrestanordnung von selbst.** (R. G. 29. X. 84.) U. u. A. II. (76.) 127.

§ 810. **§ 810.**

Die Vollziehung des Arrestes in bewegliches Vermögen wird durch Pfändung bewirkt. Die Pfändung erfolgt nach denselben Grundsätzen wie jede andere Pfändung und begründet ein Pfandrecht mit den im § 709 bestimmten Wirkungen. Für die Pfändung einer Forderung ist das Arrestgericht als Vollstreckungsgericht zuständig.

Gepfändetes Geld und ein im Vertheilungsverfahren auf den Gläubiger fallender Betrag des Erlöses werden hinterlegt.

Das Vollstreckungsgericht kann auf Antrag anordnen, daß eine bewegliche Sache, wenn sie der Gefahr einer beträchtlichen Werthsverringerung ausgesetzt ist oder wenn ihre Aufbewahrung unverhältnißmäßige Kosten verursachen würde, versteigert und der Erlös hinterlegt werde.

§ 744. Ger. K. G. § 35 Nr. 3.

1. **Die Wirksamkeit einer Arrestvollstreckung hängt davon ab, daß der Arrestbeschluß dem Schuldner zugestellt worden ist.** (R. G. 4. III. 82.) S. hierüber bei § 808 ad R. C. VI. (120.) 388—390.

2. **Durch Vollziehung des Arrestbefehls mittelst Pfändung wird dem Arrestkläger Pfandrecht auch dann erworben, wenn der nicht verkündete Arrestbefehl wohl dem Arrestbeklagten, aber nicht dem Arrestkläger zugestellt, diesem vielmehr einfach ausgereicht ist.** (R. G. 8. III. 84.) S. hierüber bei § 802 ad R. C. XI. (106.) 403—405.

3. **Die Forderungspfändung, durch welche der Gläubiger ein Pfandrecht erwirbt, gilt mit der Zustellung des Zahlungsverbotes an den Drittschuldner als bewirkt.** (§§ 709 Abs. 1, 810, 730 Abs. 3 der C. P. O.) — (B. O. L. 3. VII. 84.) S. X. (176.) 477.

4. **Ein von dem Prozeßrichter auf das Gutsinventarium, bezw. die Gutsvorräthe angelegter Arrest ist nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen durch den Gerichtsvollzieher zu vollziehen.** Dabei sind aber für ihn diejenigen

Digitized by Google

Vorschriften maßgebend, welche die Civilprozeßordnung für die Vollziehung des Arrestes in bewegliches Vermögen aufstellt. Nach § 810 ist die Vollziehung des Arrestes in dieses durch Pfändung zu bewirken, und die Pfändung erfolgt nach denselben Grundsätzen, wie jede andere Pfändung (R. G. 21. IV. 82.) R. St. VI. (81.) 229. R. A. IV. (174.) 370. S. hierüber noch bei § 709 und § 712 eodem.

5. **Das Mitglied einer auf Gegenseitigkeit beruhenden Versicherungsgesellschaft darf auch wegen seiner Sonderrechte keinen ihm ein Vorzugsrecht gewährenden Arrest in das Vermögen der Gesellschaft nachsuchen.** (R. G. 9. I. 82.) S. hierüber bei § 800 ad A. V. (47.) 205.

6. **Arrestpfändung von Forderungen an einen ausländischen Drittschuldner. Zuständigkeit des Arrestgerichts zum Erlaß des betreffenden Verbots an den Drittschuldner.** Eine Ausnahme von der Zuständigkeit des Arrestgerichts als Vollstreckungsgericht, die behufs dieser Vollstreckung in § 730 Abs. 1 vorgeschriebenen Verbote und Gebote zu erlassen, ist für den Fall, daß die Pfändung einer Forderung gegen einen im Auslande wohnhaften Drittschuldner erfolgen soll, nicht gemacht. Der § 700 findet hier keine Anwendung. Derselbe steht unter dem ersten Abschnitte des die Zwangsvollstreckung behandelnden achten Buches, enthaltend: „Allgemeine Bestimmungen" und entspricht hier dem im § 684 als Regel aufgestellten Prinzip, daß die Vollstreckungsgewalt — die Anordnung der Vollstreckungshandlungen — demjenigen Gericht anheim fällt, in dessen Bezirk das Vollstreckungsverfahren stattfinden soll. Da hiernach, wenn das Vollstreckungsverfahren im Auslande stattzufinden hatte, kein inländisches Gericht, dem die Anordnung der Vollstreckungshandlungen zukam, kein Vollstreckungsgericht im Inlande, existirte, so war Bestimmung darüber zu treffen, in welcher Weise die Zwangsvollstreckung im Auslande in Bewegung zu setzen sei, und es wurde daher in § 700 bestimmt, daß das diesseitige Prozeßgericht die zuständige Behörde des Auslandes bezw. den Reichskonsul um die Vollstreckung ersuchen solle. Gegenüber dem allgemeinen Prinzip des § 684 aber, daß die Anordnung der Vollstreckungshandlungen demjenigen Gerichte gebührt, in dessen Bezirk die Vollstreckung stattfinden soll, enthält für die im dritten Abschnitt des gedachten Buches behandelte Zwangsvollstreckung in Forderungen der § 729 Abs. 2 eine ganz geflissentliche, schon im § 684 offen gehaltene Ausnahme (vgl. die Motive zum Entw. der C. P. O. in Hahn, Materialien Bd. 1 S. 441). Obwohl nach § 730 die Vollstreckung der Pfändung der Forderung erst mit der Zustellung des Verbots an den Drittschuldner bewirkt ist, man also sagen kann, es fände diese Vollstreckung der Forderung am Wohnsitz des Drittschuldners statt, so erfolgt die Anordnung der Vollstreckungshandlungen, insbesondere der Erlaß des Verbots an den Drittschuldner wie des Gebots an den Schuldner nach § 730 seitens desjenigen A. G., bei welchem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat oder, falls er im Deutschen Reich keinen Wohnsitz hat, gemäß § 24 Klage gegen ihn erhoben werden kann. Die Vollstreckung gilt nach § 730 dadurch als bewirkt, daß dem Drittschuldner das Verbot zugestellt ist und, wenn der Drittschuldner im Auslande wohnt, so erfährt die Thatsache, daß demnach die die Pfändung bewirkende Handlung im Auslande erfolgt, dadurch ihre besondere Berücksichtigung, daß entsprechend dem § 182 die

Digitized by Google

Zustellung der Regel nach auf Ersuchen durch die zuständige Behörde des ausländischen Staats zu erfolgen hat. Es erscheint dagegen nicht zulässig, durch Hereinziehung des § 700 aus den allgemeinen Bestimmungen in diese besonderen Vorschriften und Verständniß desselben im Sinn eines Prinzips, das er gar nicht enthalten soll, die Bestimmungen der §§ 729, 730 auf Zwangsvollstreckungen in Forderungen gegen im Inlande wohnende Drittschuldner zu beschränken. Der § 700 enthält durchaus nicht ein allgemeines Prinzip, daß, wenn die die Vollstreckung bewirkende Handlung im Auslande zu geschehen habe, auch die Anordnung der Vollstreckungshandlungen nur von der ausländischen Behörde ausgehen könne. Vielmehr will er nur sagen, daß, wenn nach den Bestimmungen der C. P. O. es behufs der Bewirkung der Vollstreckung im Auslande an einem diesseitigen Vollstreckungsgericht — d. i. an einem diesseitigen Gericht, welches zur Anordnung der Vollstreckungshandlungen zuständig sei — fehle, es das diesseitige Prozeßgericht sei, welches die ausländische Behörde um die Zwangsvollstreckung zu ersuchen habe. Bei anderer Auffassung würde es für die Zwangsvollstreckung in Forderungen, deren Schuldner im Auslande wohnen, an jeder die Ausführung ermöglichenden Vorschrift fehlen, während doch die Zwangsvollstreckung in solche Forderungen hier verurtheilter Schuldner nicht außer dem Bereich der Fürsorge der C. P. O. gelegen haben kann. Offenbar kann es nicht die Absicht des Gesetzes sein, daß, weil der Drittschuldner im Auslande wohnt, die ausländische Behörde entsprechend den dort geltenden Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Forderungen auch das Inhibitorium an den hiesigen, hier verurtheilten Schuldner erlasse. Für eine Ausführnng der Pfändung in der Weise, daß das Verbot an den ausländischen Drittschuldner durch die ausländische Behörde, das Gebot an den inländischen Schuldner aber durch die diesseitige Behörde erlassen wird, fehlt es aber an einer gesetzlichen Vorschrift, namentlich an der Bestimmung, welches diesseitige Gericht das letztgedachte Gebot erlassen hat, da ja nach §§ 729, 730 nur dem Vollstreckungsgericht, also einem Gericht, welchem die Anordnung der gesammten die Forderungspfändung betreffenden Vollstreckungshandlungen obliegt und welches nach der gegentheiligen Ansicht, eben weil die Vollstreckung im Auslande stattzufinden hätte, hier gar nicht existiren soll, solche Zuständigkeit eingeräumt ist. In der That wird auch in den Kommentaren zu § 730 ohne jedes Bedenken hervorgehoben, daß, wenn der Drittschuldner im Auslande wohnt, die Zustellung gemäß § 182 stattzufinden habe. (Vgl. Struckmann und Koch, Nr. 3 und 6 zu § 730; Seuffert II a zu § 730; Gaupp III zu § 730; Petersen 4 zu § 730; Dorendorf, „Arrest" S. 490.) Aus dem Umstande, daß der abgelehnte Gaupp'sche Antrag zu dem jetzigen § 730, wonach derselbe auf Geldforderungen, „welche der Drittschuldner in Deutschland zu zahlen verpflichtet ist", beschränkt werden sollte, nach seiner Motivirung und dem gewählten Beispiel (Hahn a. a. O. S. 846 ff.) Forderungen an hiesige Drittschuldner, die im Auslande zu zahlen wären, von der Bestimmung ausgenommen wissen wollte, ist nicht die Folgerung zu ziehen, daß dabei angenommen wurde, es bezöge sich auf Forderungen an ausländische Drittschuldner die Bestimmung überhaupt nicht. Die inländischen Drittschuldner waren es eben nur, in Bezug auf welche der Antrag einen

Digitized by Google

Anlaß zu besonderer Berücksichtigung durch das inländische Gesetz für vorhanden erachtete. Eine besondere Rücksichtnahme für die Ausländer durch das hiesige Gesetz war nicht angezeigt; vielmehr konnte es hier dem Auslande überlassen werden, die ihm angehörigen Drittschuldner zu schützen. Muß der ausländische Staat die Zuständigkeit des hiesigen Gerichts für das hier gegen den Schuldner erlassene Urtheil anerkennen, so ist auch nicht abzusehen, warum er nicht die in Folge solchen Urtheils erfolgende Pfändung der Forderung des verurtheilten Schuldners an den in seinem Bereich wohnenden Drittschuldner gerade so, wie wenn der verurtheilte Schuldner sie freiwillig abgetreten hätte, als wirksam anerkennen soll. Hat der auswärtige Staat Grund, diese Zuständigkeit nicht anzuerkennen, so mag er die Zustellung des Verbots an den Drittschuldner, um welche er ersucht ist, verweigern. Es lag also auch bei aller Rücksicht auf die ausländischen Drittschuldner für die hiesige Gesetzgebung kein Grund vor, die Zwangsvollstreckung zu beschränken. Die Rücksicht auf den auswärtigen Staat ist dadurch gewahrt, daß es der Regel nach seiner Mitwirkung behufs der Zustellung bedarf. Beschluß des Reichsgerichts vom 2. Mai 1885. R. A. 1885 bes. Beil. 6 S. 297 ff. u. S. A. XLI. (158.) 240 ff. U. u. A. II. (62.) 119 ff.

7. Die Civilprozeßordnung hat an den Vollzug des Arrestes (und im Falle des § 744 an die Benachrichtigung des Drittschuldners) die Wirkung eines Pfandrechtes zu Gunsten des Gläubigers, welcher den Arrest vollstrecken (oder die Benachrichtigung vornehmen) läßt, geknüpft. **Nach preußischem Landrechte kann aber diesem Pfandrechte gegenüber der nicht benachrichtigte Schuldner nicht mit der Wirkung über die Forderung verfügen, daß der Drittschuldner sich Demjenigen gegenüber, zu dessen Gunsten über die Forderung verfügt ist, nicht darauf berufen darf, daß bereits einem Gläubiger des Zedenten das Pfandrecht aus (§ 744) § 810 C. P. O. erwachsen ist, bevor jene Verfügung vorgenommen wurde.** (R. G. 31. I. 83.) R. C. VIII. (125.) 422. A. VII. (121.) 390. 391. (S. hierüber noch bei § 744 ad R. C. VIII. (125.) 422).

§ 811.

§ 811.

Die Vollziehung des Arrestes in unbewegliches Vermögen bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

§ 757 Abs. 2.

Zur Beschlagnahme von unbeweglichen Sachen gehört außer dem generellen Arrestbefehl eine besondere richterliche Verfügung der Arrestanlegung. (R. G. 4. I. 81.) R. St. III. (67.) 175. R. A. II. (331.) 696—698. A. III. (93.) 247. S. hierüber bei § 808 eodem.

§ 812.

§ 812.

Die Vollziehung des persönlichen Sicherheitsarrestes richtet sich, wenn sie durch Haft erfolgt, nach den Vorschriften der §§ 785—794 und, wenn sie durch sonstige Beschränkung der persönlichen Freiheit erfolgt, nach den vom Arrestgerichte zu treffenden besonderen Anordnungen, für welche die Beschränkungen der Haft maßgebend sind.

E. G. § 13 Nr. 1.

Aufhebung.

§ 813.

§ 813.

Die Aufhebung eines vollzogenen Arrestes gegen Hinterlegung des in dem Arrestbefehle festgestellten Geldbetrags erfolgt von dem Vollstreckungsgerichte.

Digitized by Google

Das Vollstreckungsgericht kann die Aufhebung des Arrestes auch anordnen, wenn die Fortdauer besondere Aufwendungen erfordert und die Partei, auf deren Gesuch der Arrest verhängt wurde, den nöthigen Geldbetrag nicht vorschießt.

Die in diesem Paragraphen erwähnten Entscheidungen können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Gegen den Beschluß, durch welchen der Arrest aufgehoben wird, findet sofortige Beschwerde statt.

Ger. K. G. § 35 Nr. 4. R. A. G. O. §§ 23 Nr. 1, 36 Abs. 1.

2. Einstweilige Verfügungen.

§ 814. **§ 814.**

Einstweilige Verfügungen in Beziehung auf den Streitgegenstand sind zulässig, wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

§§ 584, 613, 819.

1. **Ueber das Verhältniß des § 819 zu § 814 der C. P. O. s. § 819** ad S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 294 S. 379. 380.

2. **In den §§ 814 und 819 sind zwei verschiedene Arten einstweiliger Verfügungen aufgestellt, welche selbständig neben einander bestehen.** (B. O. L. 21. III. 83.) S. X. (21.) 48. 49.

3. **Einstweilige Verfügungen können erlassen werden, bevor die Hauptsache anhängig ist.** (R. G. 20. V. 81.) S. hierüber bei § 819 ad R. C. IV. (114.) 404—408. A. IV. (27.) 84—86.

4. **Fortbestand des Verbotes einer einseitigen Neuerung nach eingetretener Rechtshängigkeit. Die thatsächliche Besorgniß einer Verletzung dieses Verbotes rechtfertigt den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung.** Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 17. März 1886. S. XI. (140.) 364.

5. **Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Beklagte in Ausübung eines ihm vom Kläger vertragsmäßig eingeräumten Rechtes gehandelt hat.** (R. G. 20. V. 81.) R. C. IV. (114.) 403. A. IV. (27.) 82.

6. **Die einstweilige Verfügung nach § 814 setzt in gewisser Beziehung einen Rechtsstreit voraus.** Um eine einstweilige Verfügung auf Grund des § 814 der C. P. O. zulässig erscheinen zu lassen, bedarf es nicht eines schon anhängigen Rechtsstreits, und es setzt auch eine solche Verfügung nicht nothwendig einen schon ausgebrochenen, wenn auch noch nicht rechtshängig gewordenen Streit voraus. Immer aber bedarf es der Beziehung der Verfügung auf einen Streit insofern, als sie nur zulässig ist, um die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils zu sichern, und als sie nur einstweilen, bis zum Austrag des Rechtsstreits, die glaubhaft gemachten Ansprüche des Klägers sichern soll. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 24. November 1885. S. A. Bd. 41 bezw. 11 (319.) 473. 474.

7. **Verhütung der Deterioration des Pfandobjekts durch einstweilige Verfügung.** Zweck der Hypothek ist, dem Gläubiger Sicherheit für seine Forderung zu gewähren. Da diese Sicherheit gemindert wird, sobald eine Werthsminderung des Grundstücks eintritt, so hat der Gläubiger ein dringendes Interesse daran, der Deterioration der Hypothek zeitig mit provisorischen Maßregeln entgegenzutreten. In solchen Fällen ist er nach

Digitized by Google

bekannten Grundsätzen befugt, das Pfandobjekt unter gerichtliche Aufsicht stellen zu lassen, und wenn er hierzu berechtigt ist, kann er auch ein Dispositionsverbot in Antrag bringen. Beschluß des O. L. G. zu Jena vom 11. März 1882. Bl. f. Rechtspfl. in Thüringen ꝛc. Bd. 31 S. 80. S. A. Bd. 40 bezw. 10 (98.) 151. 152.

8. **Selbständige Regelung des possessorium summariissimum des gemeinen Rechts durch die C. P. O.** Aus dem Umstande aber, daß die C. P. O. statt der bezeichneten Besitzklage des gemeinen Rechtes die einstweilige Verfügung zur Sicherung des bestehenden Zustandes eingeführt hat, kann keineswegs gefolgert werden, daß auch die Voraussetzungen des früheren Prozeßrechtes in das neue Gesetz übergegangen seien. Vielmehr hat die C. P. O. das Verfahren selbständig geordnet, und der Richter kann jedenfalls den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung ablehnen, wenn die im Gesetze selbst aufgestellten besonderen Voraussetzungen nicht gegeben sind, von deren Vorhandensein die Zulässigkeit der beantragten vorläufigen Anordnung abhängig erklärt ist. (R. G. 25. IX. 85.) U. u. A. III. (160.) 356. 357.

9. **Die einstweilige Verfügung hindert den dadurch Betroffenen nicht, wegen des betroffenen Rechtes Feststellungsklage bei dem zuständigen Gericht zu erheben.** (R. G. 1. IV. 85.) U. u. A. II. (19.) 26.

10. **Zuwiderhandlungen gegen einstweilige Verfügungen verwirken die angedrohte Strafe nicht, wenn die an sich berechtigte Zuwiderhandlung in die durch die Verfügung geschützte Rechtssphäre des Gegners gar nicht eingreift.** (R. G. 23. IX. 85.) U. u. A. III. (161.) 357.

11. **Die Frage der Zulässigkeit des Erlasses einer einstweiligen Verfügung ist der Revision zugänglich.** (R. G. 20. V. 81.) S. hierüber bei § 819 ad A. IV. (27.) 81.

12. Aus der Natur und dem Zwecke der einstweiligen Verfügung folgt allerdings, daß nicht allein die Bestimmung darüber, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind, dem freien Ermessen des Gerichts zu überlassen ist (§ 817 C. P. O.), sondern daß es auch bei der Frage, ob im einzelnen Falle die Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung vorhanden sind, vorzugsweise auf die Beurtheilung der jeweiligen thatsächlichen Verhältnisse ankommt und dem richterlichen Ermessen Raum gegeben ist. Denn die Beantwortung der Frage, „ob zu besorgen sei, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechtes einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte" (C. P. O. § 814), oder „ob die Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältniß zur Abwendung wesentlicher Nachtheile oder zur Verhinderung drohender Gewalt nöthig erscheine" (C. P. O. § 819), ist von der thatsächlichen Sachlage in jedem einzelnen Falle abhängig und bei der Unbestimmtheit der Begriffe Sache des Ermessens des Gerichts. **Allein auch bei Entscheidungen über einstweilige Verfügungen ist es keineswegs ausgeschlossen, daß sie auf einer die Revision eröffnenden Rechtsverletzung beruhen.** (R. G. 20. V. 81.) R. C. IV. (114.) 402. A. IV. (27.) 81.

13. **Der § 70 des preuß. Eigenthumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872,** welcher vorschreibt, daß der Prozeßrichter auf den Antrag einer Partei

Digitized by Google

die Eintragung einer Vormerkung bei dem Grundbuchamte nachzusuchen hat, wenn ihm der Anspruch oder das Widerspruchsrecht, welche durch die Vormerkung gesichert werden sollen, glaubhaft gemacht sind, und welches Gesetz also von dem weiteren, im § 814 C. P. O. aufgestellten Erfordernisse (der Besorgniß einer Erschwerung der Verwirklichung des Rechtes) absieht, und die Eintragung der Vormerkung zuläßt, sobald der Anspruch selbst glaubhaft gemacht ist, **wird durch die Civilprozeßordnung nicht berührt.** Denn nach § 757 C. P. O. bestimmt sich die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen nach den Landesgesetzen, und § 18 des preuß. Ausf.-Ges. zur C. P. O. vom 14. März 1878 schreibt vor, daß die nach dem Gesetze über den Eigenthumserwerb zur Eintragung einer Vormerkung erforderliche Vermittelung des Prozeßrichters nur als Ausführung einer einstweiligen Verfügung nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung stattfindet. Daß letzteres Gesetz nur das Verfahren regeln will, und daß für den Inhalt des Gesuches § 70 des Eigenthumserwerbsgesetzes maßgebend bleibt, also nur die Glaubhaftmachung des Anspruches erforderlich ist, nimmt das Reichsgericht (in Uebereinstimmung mit v. Wilmowsky-Levy, Kommentar zur Civilprozeßordn. § 817 Note 2 Ausg. 3 S. 961 u. Achilles, Die preuß. Ges. über Grundeigenthum § 70 Zus. Ausg. 3 S. 322) als unbedenklich an. (R. G. 19. IV. 84.) R. C. XI. (63.) 280. 281. A. X. (76.) 288. 289.

14. **Der Streitwerth bei einer einstweiligen Verfügung** ist nicht etwa an sich identisch mit dem Werthe der Hauptsache, sondern der letztere stellt nur nach Analogie der Bestimmung des § 6 C. P. O. in der Regel die Maximalgrenze für den ersteren dar. Es ist aber bei Arresten und einstweiligen Verfügungen nicht etwa grundsätzlich der Betrag der dem Arrestkläger etwa auferlegten Kaution für den Werth des Streitgegenstandes maßgebend, der insbesondere bei Arresten ersichtlich gleich viel höher sein kann. (R. G. 11. XI. 85.) R. C. XV. (130.) 434. 435.

15. **Das gegenseitige Verhältniß der §§ 20, 23, 29 und 30 der Geb. O. f. R. Anw., betreffs der Gebühren im Verfahren über einstweilige Verfügungen.** (R. G. 28. I. 85.) U. u. A. I. (235.) 385.

§ 815. **§ 815.**

Auf die Anordnung einstweiliger Verfügungen und das weitere Verfahren finden die Vorschriften über die Anordnung von Arresten und über das Arrestverfahren entsprechende Anwendung, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Vorschriften enthalten.

Ger. K. G. §§ 20, 23 Nr. 1, 36 Abs. 1.

1. **Unterschied zwischen Arrest und einstweiliger Verfügung.** Der Arrest ist eine Vollstreckungsmaßregel. Die Anordnung dieser Maßregel bildet nicht, sondern ermöglicht erst den Arrest. Erst die Vollstreckung (Vollziehung) schafft den Arrest. Der Arrest ist daher ohne Vollziehung, d. h. Vollstreckung, undenkbar. Die einstweilige Verfügung dagegen setzt ihrem Begriff nach die Nothwendigkeit einer Vollziehung, d. h. Vollstreckung keineswegs voraus. Wenn nicht in allen Fällen, so doch in sehr vielen, besteht sie nur in der Verfügung, welche erlassen, aber nicht vollstreckt wird. So z. B. wenn eine Handlung geboten oder verboten wird, ist mit der Mittheilung des betreffenden Befehls abseiten des Gerichts an die betreffende Partei die Verfügung perfekt. Nur wenn der

Digitized by Google

Verfügung der Gehorsam verweigert wird, kann es sich um ihre Vollstreckung handeln. Wird ihr gehorcht, so kommt es zu keiner Vollstreckung. Vollzogen ist aber die Verfügung darum nicht minder auch in letzterem Fall, nämlich durch Ertheilung des ihren Inhalt bildenden Befehls an die Partei, welche von dem Befehl betroffen wird. Beschluß des O. L. G. zu Hamburg vom 10. November 1886. S. A. Bd. 42 bezw. 12 Nr. 175 S. 245.

2. Nach den §§ 815 und 808 finden auf die Anordnung einstweiliger Verfügungen und das weitere Verfahren die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung und mithin auch der § 671 entsprechende Anwendung, soweit nicht abweichende Bestimmungen getroffen sind. Für die „Vollziehung" eines Arrestes und einer einstweiligen Verfügung ist allerdings, soweit es sich um unbewegliches Vermögen handelt, auf die Vorschriften der Landesgesetze durch § 811 der C. P. O. ausdrücklich verwiesen. Dadurch wird jedoch die Vorschrift des § 671 a. a. O. nicht berührt; denn diese betrifft nicht die Vollstreckung bezw. Vollziehung selbst, sondern deren allgemeine Voraussetzung (vgl. Motive des Gesetzes vom 13. Juli 1883 S. 17; ferner Jäckel, Kommentar zu diesem Gesetze Nr. 1 zu § 14; Seuffert, Kommentar zur C. P. O. § 811; Wilmowsky und Levy, Kommentar zur C. P. O. § 811). Da aber die Vorschrift des § 671 Abs. 1 der C. P. O. ihrer Fassung und inneren Bedeutung nach nicht bloß als eine instruktionelle, sondern als eine absolut gebietende anzusehen ist, so ist **die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung ohne vorherige oder gleichzeitige Zustellung derselben an den Schuldner ungültig und ohne rechtsbegründende Wirkung** (vgl. Entsch. des R. G. in Civils. Bd. 6 S. 388 und Bd. 8 S. 429). — (R. G. 25. V. 86.) R. A. VIII. (158.) 392. 393.

3. **Der Begründung eines Antrages auf Anordnung einer einstweiligen Verfügung gegenüber ist auch die Gegenpartei berechtigt, von jenen Behelfen Gebrauch zu machen, mit welchen sie den Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen einer solchen Verfügung darthun zu können glaubt. Es geht aber nicht an, jenem Antrag mit einer auf das Nichtbestehen des Rechts selbst, zu dessen Sicherung eine einstweilige Verfügung erwirkt werden soll, gerichteten weitläufigen Beweisführung entgegenzutreten.** Es handelt sich hier nicht um die Frage über das Bestehen des von den Antragstellern behaupteten Rechts, sondern einzig und allein um die Frage über das Bestehen der gesetzlichen Voraussetzungen für die beantragte einstweilige Verfügung. Diese Voraussetzungen sind gegeben, wenn der behauptete Anspruch glaubhaft gemacht und zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung desselben vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (vgl. §§ 814, 815, 800 der C. P. O.). Selbst wenn die von der Gegenpartei versuchte Gegenbeweisführung Bescheinigungsmomente für das Nichtbestehen des klägerischen Rechts zu bieten vermöchte, so ist der Richter hierdurch nicht gehindert, sich trotz jener Momente für die Glaubhaftmachung des Anspruchs auszusprechen. Es kann das Bestehen des Anspruchs auf der einen und das Nichtbestehen desselben auf der anderen Seite glaubhaft gemacht sein; da aber verschiedene Grade der Glaubwürdigkeit bestehen, so schließt das eine nicht nothwendig das andere aus; nur der Beweis des Nichtbestehens des

Digitized by Google

Rechts würde der Annahme einer für die einstweilige Verfügung erforderlichen Glaubhaftmachung des zu sichernden Anspruches entgegenstehen. Urtheil des obersten L. G. für Bayern vom 17. März 1886. S. A. Bd. 41 bezw. 11 (321.) 476. 477.

4. Nach § 815 a. a. O. finden auf die Anordnung einstweiliger Verfügungen und das weitere Verfahren die Vorschriften über die Arreste und über das Arrestverfahren (§§ 796—813) entsprechende Anwendung, soweit nicht die folgenden §§ 816—822 abweichende Vorschriften enthalten. Sowie daher nach § 800 Abs. 2 die Anordnung des Arrestes die Glaubhaftmachung des Anspruchs und des Arrestgrundes erfordert, so ist auch die Erlassung einstweiliger Verfügungen, gleichviel ob sie aus § 814 oder aus § 819 zur Regelung eines provisorischen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältniß verlangt werden will, durch eine den Bestimmungen in § 266 Abs. 1 und 2 der Civilprozeßordnung entsprechende **Glaubhaftmachung nicht bloß der Gefahr, sondern auch des Anspruchs bedingt.** (B. O. L. 11. III. 84.) S. X. (132.) 359.

§ 816. **§ 816.**

Für die Erlassung einstweiliger Verfügungen ist das Gericht der Hauptsache zuständig.

Die Entscheidung kann in dringenden Fällen ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

1. **Nur das Gericht der Hauptsache, nicht das Amtsgericht der belegenen Sache, ist zum Erlaß einstweiliger Verfügungen zuständig.** Einstweilige Verfügungen im Sinn der C. P. O. können nur vom Prozeßrichter erlassen werden. Es ist dafür aber nach § 816, 707 das. das Prozeßgericht der Hauptsache ausschließlich zuständig und dem Amtsgericht der belegenen Sache in dringenden Fällen nach § 820 das. nur eine vorbereitende Thätigkeit zugewiesen, während dem Hauptgericht die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der getroffenen Verfügung vorbehalten wird. Als Gericht der Hauptsache soll, solange diese noch nicht in der Berufungsinstanz anhängig ist, nach § 821 das. das Gericht erster Instanz angesehen werden. Die Ansicht, es sei, solange die Hauptsache noch nicht anhängig, das Amtsgericht der belegenen Sache das allein zuständige Gericht, wird durch die dafür bezogenen §§ 799, 806, 816, 820, 821 nicht gerechtfertigt, da die im § 799 gegebene Wahl nur für den Arrest, nicht aber für einstweilige Verfügungen gegeben ist (§§ 815 u. 816). Die weitere Konsequenz jener Ansicht würde auch dahin führen, daß es, solange die Hauptsache noch nicht anhängig, in nicht dringenden Fällen (§ 820) überhaupt an der Bestimmung eines Gerichts für den Erlaß einstweiliger Verfügungen fehlen würde, während die Nothwendigkeit einstweiliger Verfügungen auch dann vorliegen kann, wenn die Hauptsache noch nicht anhängig ist. Der Ausschluß solcher Verfügungen in diesem Fall hätte daher, wenn gewollt, vom Gesetz ausgesprochen werden müssen, was nicht geschehen ist. Es ist also auch deren Zulässigkeit mit Grund nicht zu verneinen. Beschluß des Reichsgerichts vom 3. Juli 1880. S. A. Bd. 36 bezw. 6 Nr. 89 S. 124. 125.

2. **Bezüglich des Gerichtsstandes in der Hauptsache nach einem im Wege einer einstweiligen Verfügung erwirkten dinglichen Arreste.** (R. G. 1. IV. 85.) S. hierüber bei § 806 ad R. C. XIII. (94.) 362—365.

Digitized by Google

3. **Das sog. „Interimistikum"** (Entscheidung über Nebenpunkte im Eheprozesse, §§ 575, 584, 816 der R. C. P. O.) **ist von der Voraussetzung der Einleitung des Eheprozesses, mindestens des Sühneverfahrens abhängig.** (R. G. 24. I. 84.) S. hierüber bei § 575 ad A. IX. (82.) 358. 359.

4. **Das Berufungsgericht ist zur Entscheidung über den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung noch nach Verkündung des Berufungsurtheiles zuständig, wenn der Antrag vor der Verkündung gestellt war.** Zur Zeit der Stellung des Antrags, welcher in schriftlicher Form erfolgen kann und nicht einer mündlichen Wiederholung in der Berufungsverhandlung bedarf (§ 816 C. P. O.), war die Hauptsache noch in der Berufungsinstanz anhängig, und nur dieser Zeitpunkt kann über die Zuständigkeit des Berufungsgerichtes zum Erlaß provisorischer Verfügungen entscheiden. Denn die durch die Rechtshängigkeit der Hauptsache begründete Zuständigkeit zur Entscheidung über den Antrag bleibt fortbestehen, auch wenn vor Erledigung des letzteren mit der Verkündung des Urtheiles in der Hauptsache vorgegangen und damit eine Aenderung in der die Zuständigkeit begründenden Voraussetzung herbeigeführt wird (vgl. § 235 Ziff. 2 C. P. O.). — (R. G. 2. V. 82.) R. C. VI. (128.) 414.

§ 817.

§ 817.

Das Gericht bestimmt nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind.

Die einstweilige Verfügung kann auch in einer Sequestration sowie darin bestehen, daß dem Gegner eine Handlung geboten oder verboten, insbesondere die Veräußerung, Belastung oder Verpfändung eines Grundstücks untersagt wird.

A. L. R. I. 14 §§ 103—108.

Ueber **das richterliche Ermessen bei Erlaß einstweiliger Verfügungen nach § 817** (R. G. 30. III. 83) s. § 819 ad R. C. IX. (97.) 334—337. A. VII. (179.) 580 ff.

§ 818.

§ 818.

Nur unter besonderen Umständen kann die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung gegen Sicherheitsleistung gestattet werden.

§ 819.

§ 819.

Einstweilige Verfügungen sind auch zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältniß zulässig, sofern diese Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachtheile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nöthig erscheint.

§§ 854, 600, 613, 814.

1. **Nach § 819 der C. P. O. hängt die Gewährung einer einstweiligen Verfügung vom richterlichen Ermessen ab.** Dabei sind die Umstände des Falles zu prüfen; es ist die durch die einstweilige Verfügung abzuwendende Gefahr zu erwägen. Wenn der Richter die Gefahr für nicht so dringend hält, daß die Verfügung geboten erscheint, so bewegt er sich auf thatsächlichem Gebiete. (R. G. 3. III. 85.) U. u. A. I. (291.) 471. 472.

2. **Voraussetzungen für den Erlaß einstweiliger Verfügungen nach § 819 C. P. O.** Einstweilige Verfügungen können je nach Umständen „bis zu den äußersten Grenzen der Zwangsvollstreckung gehen". Dies ist nicht allein in den Motiven zu § 762 des Entwurfes der Civilprozeßordnung gesagt worden, sondern ergibt sich auch aus dem Gesetze selbst. Letzteres stellt es in das freie Ermessen des Gerichtes, zu bestimmen, welche An-

Digitized by Google

ordnungen zur Erreichung des Zweckes (der einstweiligen Verfügung) erforderlich sind (§ 817 Abs. 1 a. a. O.). Findet das Gericht, daß gegebenen Falles eine einstweilige Verfügung gemäß § 819 C. P. O. zu treffen, der Zweck derselben aber nur durch Vollstreckungshandlungen erreichbar ist, so darf es solche Handlungen anordnen, mithin darf es, wo ein Bedürfniß dazu vorliegt, auch Pfändungen, sowie das Aeußerste der Zwangsvollstreckung: die Ablieferung von gepfändetem Gelde und Pfanderlöse, geschehen lassen. Für die Vollziehung der einstweiligen Verfügung gelten die Vorschriften über die Vollziehung des Arrestes (§ 810 C. P. O.) nicht in vollem Umfange. Der Arrest verfolgt eben nicht den gleichen Zweck; er soll lediglich die Zwangsvollstreckung sichern; die Vollziehung des Arrestes muß mithin „an dem Punkte einhalten, an welchem die bloße Sicherung aufhören und die Befriedigung des Gläubigers beginnen würde" (Motive zu §§ 754—758 des Entwurfes unter Nr. 5). Dagegen kann bei einstweiligen Verfügungen, welche auf eine wirkliche Befriedigung abzielen, von der bloßen Hinterlegung zwangsweise beigetriebener Deckungsmittel (§ 810 Abs. 2. 3) der Natur der Sache nach nicht die Rede sein. Im § 815 C. P. O. wird auch ausdrücklich bestimmt, daß die Vorschriften über das Arrestverfahren auf die einstweilige Verfügung nur insoweit entsprechende Anwendung finden, als nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Vorschriften enthalten; und zu den abweichenden Vorschriften gehört die schon angezogene des Absatzes 1 von § 817 C. P. O. Daß hiernach die Gerichte ermächtigt sind, bei dazu geeigneter Sachlage einem Forderungsberechtigten sogar im Wege einstweiliger Verfügung Befriedigung zu verschaffen, wird von der Civilprozeßordnung unzweideutig anerkannt durch die Vorschrift des § 584, inhalts deren die Einziehung von Alimenten im Eheprozesse den Gegenstand einer einstweiligen Verfügung ausmachen kann. (R. G. 30. III. 83.) R. C. IX. (97.) 334—337. A. VII. (180.) 581—585.

3. Wenn der Kläger die Fortsetzung einer Handlung auf seinem Eigenthume verbietet, so ist es Sache des Beklagten, die ihm vermeintlich aus einem mit dem Kläger abgeschlossenen Vertrage zustehenden Rechte im Wege des Prozesses geltend zu machen, er darf aber nicht die ihm angeblich kontraktlich zustehenden, vom Kläger bestrittenen Rechte selbst zur Geltung bringen. **Der § 819 C. P. O. bezieht sich gerade auf solche Fälle der vorliegenden Art, in denen es sich um Regelung des Besitzstandes oder eines einstweiligen Zustandes bis dahin handelt, daß im ordentlichen Verfahren über ein unter den Parteien streitiges Rechtsverhältniß entschieden worden ist, und es ist der Erlaß der einstweiligen Verfügung weiter nur dadurch bedingt, daß diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachtheile oder zur Verhinderung drohender Gefahr oder aus anderen Gründen nöthig erscheint.** Die Frage, ob ein Vertrag über das vom Beklagten behauptete Recht zu Stande gekommen sei, kann aber nicht in diesem Verfahren entschieden werden, welches lediglich die Frage der Rechtmäßigkeit des Erlasses einer einstweiligen Verfügung zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes bis zur Entscheidung des zwischen den Parteien obwaltenden Streites zum Gegenstand hat. (R. G. 20. V. 81.) R. C. IV. (114.) 404. A. IV. (27.) 83.

4. Erwägt man, daß bei der Annahme, daß die Anhängigkeit der Haupt-

Digitized by Google

sache die Voraussetzung für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung bilde, eine bedenkliche Lücke im Gesetze bestehen würde, weil in den nicht seltenen Fällen eines dringenden Bedürfnisses des sofortigen Erlasses einer einstweiligen Verfügung, bevor die Hauptsache anhängig gemacht werden kann, ein gerichtlicher Schutz nicht würde erlangt werden können, eine Lücke, die um so bedenklicher sein würde, als **das im bisherigen Prozeßrechte bestehende Mittel zum schleunigen Schutze des Besitzstandes, das possessorium summarissimum, beseitigt und durch die einstweiligen Verfügungen ersetzt** ist, erwägt man ferner, daß im gemeinen Prozesse und in den neueren Prozeßgesetzen und Entwürfen die Erlassung einstweiliger Verfügungen durch die Anhängigkeit der Hauptsache nicht bedingt ist, daß ferner in den Motiven zum Abschnitte über die einstweiligen Verfügungen ausdrücklich hervorgehoben wird, die Vorschriften in den §§ 761 ff. des Entwurfes (§§ 814 ff. C. P. O.) stimmen im Wesentlichen mit den Vorschriften der neueren deutschen Prozeßordnungen und Entwürfe (vgl. hannover'sche bürgerliche Proz.-Ordn. §§ 519 ff.; badische Pr. O. §§ 625 ff.; württembergische Pr. O. Artt. 844 ff.; bayerische Pr. O. Artt. 605 ff.; hannover'scher Entw. §§ 540 ff.; preuß. Entw. §§ 823 ff.; norddeutscher Entw. §§ 729 ff.) überein und bedürfen daher nur in einzelnen Bestimmungen einer besonderen Begründung, daß aber weder in den Motiven, noch in den Verhandlungen über den Entwurf eine so wesentliche Abweichung von den zitirten Prozeßgesetzen und Entwürfen erwähnt wird, so muß die gedachte Auffassung der Bestimmungen der Civilprozeßordnung von vornherein Bedenken erregen, und man würde ihr nur dann beitreten können, wenn Gründe vorlägen, welche die dem Bedürfniß entsprechende und mit dem bestehenden Rechtszustande übereinstimmende Auffassung, daß der Erlaß einstweiliger Verfügungen während eines bereits anhängigen Rechtsstreites sowohl, wie vor Einleitung eines solchen statthaft sei, ausschlössen. Solche Gründe liegen aber nicht vor und es sind namentlich die für die erwähnte Ansicht geltend gemachten nicht geeignet, sie zu rechtfertigen. (Vgl. Struckmann u. Koch, C. P. O. § 814 Note 1; v. Wilmowsky u. Levy, C. P. O. § 816; Hellmann, C. P. O. § 814; Puchelt, C. P. O. § 815; Seuffert, C. P. O. S. 823; Petersen, C. P. O. Bd. 2 S. 873; Endemann, C. P. O. §§ 814 ff., Bd. 3 S. 381 ff.) Dieselbe wird zunächst auf den Wortlaut der §§ 814. 819. 820 C. P. O. gestützt und es wird darauf Gewicht gelegt, daß hier gleichmäßig von Verfügungen in Beziehung auf „den Streitgegenstand" oder „ein streitiges Rechtsverhältniß" die Rede sei, was Anhängigkeit der Hauptsache voraussetze, und ein weiteres Argument aus der Regelung der Zuständigkeit der Gerichte entnommen, indem in den §§ 810. 820. 821 C. P. O. für zuständig erklärt sei „das Gericht der Hauptsache", das heiße nicht das für die Hauptsache zuständige Gericht, sondern nach der klaren Erläuterung des § 821 das Prozeßgericht erster oder zweiter Instanz. Die Ausdrücke „Streitgegenstand" und „streitiges Rechtsverhältniß" nöthigen keineswegs zu der Annahme, daß der Gesetzgeber die Anhängigkeit der Hauptsache vorausgesetzt habe. Denn von einem „Streitgegenstand", einem „streitigen Rechtsverhältniß" kann man ebenso gut bereits vor der Anhängigmachung des Prozesses zur Entscheidung des unter den Bethei-

Digitized by Google

ligten über den Gegenstand, resp. in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß bestehenden Streites sprechen. Vorausgesetzt wird in den §§ 814. 819. 820 a. a. O. nur, daß überhaupt über den Gegenstand, über das Rechtsverhältniß, in Bezug auf welches ein einstweiliger Schutz beantragt wird, ein Streit unter den Parteien besteht. Es werden daher auch in solchen Gesetzentwürfen, welche ausdrücklich die Erlassung einstweiliger Verfügungen schon vor der Einleitung des Rechtsstreites über die Hauptsache zulassen, die Ausdrücke „Streitgegenstand", „streitige Verhältnisse" 2c. gebraucht (vgl. hannov. Entw. § 540, nordd. Entw. §§ 729. 744. 733; preuß. Entw. §§ 814. 823), und es fehlt an einer Grundlage dafür, daß die Civilprozeßordnung diese Ausdrücke nur in dem ihr beigelegten Sinne gebrauche. Ebensowenig ist die Annahme gerechtfertigt, daß unter dem in den §§ 816. 820 a. a. O. für zuständig erklärten „Gerichte der Hauptsache" nicht das Gericht zu verstehen sei, welches für die Hauptsache nach den allgemeinen Regeln über die sachliche und örtliche Zuständigkeit zuständig sein würde, bei welchem die Hauptsache anhängig sei oder anhängig werden könne, sondern das Prozeßgericht erster oder zweiter Instanz, also das Gericht, bei welchem die Hauptsache in erster oder zweiter Instanz zur Zeit des Antrages auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung anhängig ist. Daß an sich unter „dem Gerichte der Hauptsache" sowohl das Gericht verstanden werden kann, bei welchem die Hauptsache anhängig zu machen, als auch dasjenige, bei welchem sie bereits anhängig ist, kann einem Zweifel nicht unterliegen, und folgt auch aus § 799 C. P. O. Die gegentheilige Auffassung kann aber nicht aus der Bestimmung in § 821 a. a. O. gefolgert werden. Diese Vorschrift, welche sich nicht bloß auf die einstweiligen Verfügungen, sondern auch auf den Arrest bezieht, bestimmt keineswegs, daß unter dem Gerichte der Hauptsache das „Prozeßgericht erster und zweiter Instanz" zu verstehen sei, was auch mit der Regelung der Zuständigkeit im Arrestverfahren in Widerspruch stehen würde, sondern hat, wie die Motive und die Verhandlungen in der Reichs-Justizkommission ergeben, den Zweck, eine Kompetenz-Regelung für die Fälle zu treffen, wenn die Hauptsache in der Berufungs- und Revisionsinstanz anhängig ist. Denn der dem § 821 C. P. O. entsprechende § 766 des Entwurfs lautete: „Als Gericht der Hauptsache im Sinne der Bestimmungen dieses Abschnittes ist, wenn die Hauptsache in der Berufungsinstanz anhängig ist, das Berufungsgericht anzusehen." Da in der Reichs-Justizkommission Verschiedenheit der Ansichten darüber entstand, welches Gericht für die Anordnung des Arrestes, bezw. die Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig sei, wenn die Hauptsache in der Revisionsinstanz anhängig sei, das Gericht erster Instanz oder das Berufungsgericht, wurde beantragt und beschlossen, den § 766 so zu fassen, wie § 821 gegenwärtig lautet, also um auszudrücken, daß das Gericht erster Instanz als Gericht der Hauptsache auch dann anzusehen sei, wenn die Hauptsache in der Revisionsinstanz schwebe. (Vgl. Prot. Hahn S. 877.) Der § 821 spricht daher nicht für, sondern gegen die dem § 816 gegebene Auslegung und kann für diese auch ein Argument aus den Motiven zu § 816 nicht entnommen werden. Daraus, daß in der Civilprozeßordnung die in anderen Prozeßgesetzen und Entwürfen enthaltene ausdrückliche Bestimmung, daß die Erlassung

Digitized by Google

einstweiliger Verfügungen auch vor Einleitung des Rechtsstreites über die Hauptsache zulässig sei, nicht aufgenommen worden ist, kann um so weniger geschlossen werden, daß in dieser Beziehung eine Abweichung beabsichtigt sei, als es einer solchen ausdrücklichen Vorschrift nicht bedurfte. Denn in § 815 a. a. O. sind auf die Anordnung einstweiliger Verfügungen die Vorschriften über die Anordnung eines Arrestes für anwendbar erklärt, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Vorschriften enthalten, aus dem § 806 geht aber hervor, daß die Anordnung von Arresten, auch wenn die Hauptsache noch nicht anhängig ist, zulässig sei. Diese Vorschrift des § 806 findet auch auf einstweilige Verfügungen Anwendung, weil, wie ausgeführt, die Ansicht, daß § 816 eine abweichende Vorschrift enthalte, nicht gerechtfertigt ist. (R. G. 20. V. 81.) R. C. IV. (114.) 405—408. A. IV. (27.) 84—86.

5. **Im Gegensatz zu § 814 der C. P. O., welcher provisorische Anordnungen zur Erhaltung eines in seinem Bestande oder seiner Integrität bedrohten Zustandes zuläßt, gestattet der § 819 daselbst, alsdann einen einstweiligen Zustand in Beziehung auf den Streitgegenstand anzuordnen, wenn ein längeres Geheulassen wesentliche Nachtheile für den Antragsteller im Gefolge haben würde, oder wenn gewaltthätige Eingriffe des Gegners drohen.** Ob die anzuwendenden Nachtheile wesentliche seien, hat das Gericht (beim Mangel einer gesetzlichen Definition dieses Begriffs) nach freiem Ermessen zu bestimmen, indem es prüft, ob ohne die erbetene Feststellung eines vorläufigen modus vivendi die Durchführung des geltend gemachten Anspruchs gefährdet erscheine, und es wird diejenigen Nachtheile daher regelmäßig für wesentliche ansehen, welche, statt der wahren Erfüllung des Anspruchs besten Falls nur ein immerhin problematisches Geldäquivalent herbeiführen müssen, also auch namentlich in Fällen, in welchen Eingriffe in das anerkannte Eigenthum zurückgewiesen werden sollen. Nur bei der Annahme eines derartigen, der diskretionären richterlichen Befugniß gestatteten weiten Raumes für die Erwägung dieser Fragen (vgl. Endemann, Der d. C.P. Bd. 3 S. 386) konnte man dahin gelangen, ein besonderes Verfahren bei Streitigkeiten über Besitzstörungen als entbehrlich anzusehen und die Verhandlung über das possessorium ordinarium in den Rahmen des ordentlichen Prozesses zu verweisen, woraus sich die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auslegung des § 819 der C. P. O. auf das Zweifelloseste ergibt. Daß von einem Schutze der nicht als ein Recht in Anspruch genommenen Beeinträchtigung des Eigenthums eines Anderen die Rede nicht sein kann, bedarf keiner Auseinandersetzung. (Dies die Ausführung eines Urtheiles des O. L. G. Braunschweig.) Hierzu heißt es sodann noch in einer hierfür bezüglichen Entscheidung des R. G.: Der § 819 steht selbständig neben dem § 814 und bezeichnet einen zweiten Grund der Statthaftigkeit einstweiliger Verfügungen. Die ergangene einstweilige Verfügung bewegt sich innerhalb des Gebietes des § 819, nach dessen Bestimmung eine solche Verfügung erlassen werden kann zum Zweck der Regelung eines einstweiligen Zustandes eines streitigen Rechtsverhältnisses. Urtheil des Reichsgerichts vom 7. Juli 1882. S. A. Bd. 38 bezw. 8 Nr. 294 S. 379. 380.

6. **Eine einstweilige Verfügung dahin, daß der Beklagte angehalten werde, auf eine behauptete Geldforderung einstweilen, unter Vorbehalt aller**

Digitized by Google

Rechte, eine Abschlagszahlung zu leisten, ist nicht zulässig. In der bloßen Auferlegung einer Abschlagszahlung kann keine Regelung eines Zustandes gefunden werden. Der Begriff eines Zustandes ist bedingt durch die Eigenschaft eines gewissen Beharrens, irgend einer Dauer; dieser sprachlich unabweisbaren Auffassung entsprechen auch die von der norddeutschen Prozeßkommission, welche dem § 819 C. P. O. seine jetzige Fassung gegeben hat, angeführten Beispiele der Anwendbarkeit desselben. (Protokolle S. 1242: „Die Kommission war einig, daß auch die Fälle der interimistischen Regelung eines Zustandes, z. B. des Besitzstandes, der Alimentationspflicht, der Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Gastwirth und Gast (ein Fall, bei welchem an die Regelung des dem Gastwirthe zustehenden Retentionsrechtes zu denken ist) und Bausstreitigkeiten nach ähnlichen Grundsätzen zu behandeln sind.") Eine Verfügung, durch welche einem Schuldner eine Abschlagszahlung und überhaupt eine Zahlung aufgegeben wird, ist an sich nur auf Herbeiführung einer Handlung gerichtet; eine auf eine dauernde Wirkung berechnete Anordnung ist darin nicht enthalten. Wenn allerdings **in Bezug auf eine Alimentationsverbindlichkeit** auch **eine einstweilige Verfügung** erlassen werden kann, welche nur bestimmt, daß der Schuldner dem Berechtigten eine bestimmte Geldsumme zu zahlen habe, z. B. in dem Falle eines einer Ehefrau von ihrem alimentationspflichtigen Ehemanne zu gewährenden Vorschusses für Prozeßkosten, so beruht die Zulässigkeit einer solchen einstweiligen Verfügung darin, daß dieselbe eine Realisirung eines Obligationsverhältnisses in sich schließt, welches wegen seines dauernden Charakters selbst als ein Zustand aufgefaßt werden muß; ein derartiges Obligationsverhältniß liegt aber da, wo es sich, wie hier, nur um eine Schadensersatzforderung handelt, nicht zu Grunde. Das in den Entsch. des Reichsgerichtes in Civilsachen Bd. 9 Nr. 97 S. 334 (Seuffert's Archiv Bd. 39 Nr. 75) mitgetheilte Urtheil des zweiten Civilsenates steht der gegenwärtigen Entscheidung nicht entgegen; denn dasselbe spricht ausdrücklich aus, daß es allein über die Frage, ob eine einstweilige Verfügung auch zur Zwangsvollstreckung, namentlich zur Pfändung beweglicher Sachen führen könne, zu entscheiden habe. (R. G. 13. XI. 85.) R. C. XV. (100.) 377—379.

7. **Die Statthaftigkeit einer vorsorglichen Maßnahme erstreckt sich insbesondere auf die Alimentationspflicht gegenüber Familienangehörigen. Dabei sind nach gemeinem Rechte die gegenseitigen Vermögensverhältnisse nur für die Höhe der Alimentationsverbindlichkeit von Belang.** (B. O. L. 21. III. 83.) S. X. (21.) 46 f.

8. Die von der Civilprozeßordnung gewährten einstweiligen Verfügungen dienen entweder zur Sicherung einer Individualleistung oder zur Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältniß. Als sachliche Voraussetzung der ersteren Art ist in dem Gesetze die Besorgniß aufgestellt, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechtes vereitelt oder wesentlich erschwert werde (§ 814 a. a. O.). Einstweilige Verfügungen der zweiten Kategorie sind schon dann zulässig, wenn die vorläufige Regelung dem Gerichte nothwendig erscheint, wobei das Gesetz dem richterlichen Ermessen den weitesten Raum eröffnet, indem es als Grund nur beispiels-

Digitized by Google

weise die Abwendung wesentlicher Nachtheile und die Verhinderung drohender Gewalt anführt, im Uebrigen aber zu deren Erlaß ganz allgemein noch „aus anderen Gründen" ermächtigt (§ 819 a. a. O.). Die Vorarbeiten zur Civilprozeßordnung lassen indessen entnehmen, daß **die Erfüllung der Alimentationspflicht zu den Fällen gehört, in welchen die Zulässigkeit einer vorsorglichen Regelung beabsichtigt wurde.** (Struckmann und Koch, Kommentar zur Civilprozeßordnung, 3. Aufl. Anm. 1 zu § 819.) In der That stellen sich gerade für diese Art von Verbindlichkeiten zufolge ihrer Natur und Beschaffenheit einstweilige Verfügungen als ein Bedürfniß der Rechtsordnung dar, wie denn schon die bayerische Gerichtsordnung vom Jahre 1753 die causae alimentorum zu den unverschiedlichen Dingen gezählt und den hierauf bezüglichen Provisionalverordnungen eine privilegirte Stellung eingeräumt hatte. (Cod. jud. cap. XIV § 3 Ziff. 2 und Anm. lit. c.) — (V. O. L. 21. III. 83.) S. X. (21.) 48.

9. **Einstweilige Verfügung zur vorschußweisen Alimentirung der geschiedenen Ehefrau bis zur Verwirklichung der eingeklagten Privationsstrafe.** Zwar ist die in der früheren Praxis öfter aufgestellte gesetzliche Verpflichtung des als schuldiger Theil geschiedenen Ehemannes auch nach der Scheidung der schuldlosen Frau standesgemäße Alimente zu gewähren, nicht anzuerkennen (Entsch. des R. G. Bd. 8 S. 184 ff., in Seuffert's Archiv Bd. 38 Nr. 319, vgl. auch Bd. 38 Nr. 117; übrigens auch Bd. 38 Nr. 212); allein das Gericht ist, wenn der schuldlose Theil nach erfolgter Scheidung gegenüber dem schuldigen Zahlung der gesetzlichen Privationsstrafe in Anspruch nimmt, und über die fragliche Verpflichtung jenes an sich kein Streit ist, sondern nur darüber, welche Vermögensquote herauszugeben ist und wie hoch sie sich beläuft, auf Grund des § 819 der C. P. O. in der Lage, nicht bloß zu den dort ausdrücklich angeführten Zwecken, sondern nach billigem Ermessen auch „aus anderen Gründen" einen einstweiligen Zustand in Beziehung auf die zum größten Theil bereits liquide Zahlungsverpflichtung des Beklagten durch Anordnung der Vorauszahlung mäßiger, etwa den Aufkünften des muthmaßlich herauszugebenden Vermögenstheils entsprechenden Raten zu schaffen. Urtheil des O. L. G. zu Braunschweig vom 30. November 1883. S. A. Bd. 40 bezw. 10 (333.) 479. 480.

10. **Die Frage der Zulässigkeit des Erlasses einer einstweiligen Verfügung beruht sowohl auf thatsächlichen wie rechtlichen Erwägungen, ist also der Revision zugänglich.** (R. G. 20. V. 81.) S. hierüber bei § 814 ad R. C. IV. (114.) 402. A. IV. (27.) 81.

11. Im Zweck einer einstweiligen Verfügung, wie nicht minder schon in dem Wortlaut des § 819 der Civilprozeßordnung liegt es, daß dieselbe, falls ihre gesetzlichen Voraussetzungen überhaupt vorhanden sind, **so lange zu dauern hat, als das betreffende Rechtsverhältniß im Streit befangen ist, d. h. bis über dasselbe rechtskräftig, sohin, falls die Sache revisibel erscheint, vom Revisionsgericht entschieden ist. Mit dem Erlasse eines derartigen Urtheils zu Ungunsten des Gesuchstellers ist die Glaubhaftmachung des Anspruchs beseitigt.** (V. O. L. 11. III. 84.) S. X. (132.) 358. 359.

12. **Gebührenansätze der Rechtsanwälte: a) für einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung, b) für einen Antrag auf Sicherung**

Digitized by Google

des Beweises zum Zwecke der Begründung jenes Antrages, c) für die Beweisaufnahme in dem hierdurch hervorgerufenen besonderen Verfahren, nach den §§ 20. 22. 23. 29. 30 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte. Sinn und gegenseitiges Verhältniß dieser gesetzlichen Vorschriften. Nach § 20 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte erhält der Rechtsanwalt $^5/_{10}$ der in den §§ 13 bis 18 bestimmten Gebühren, soweit die durch die Gebühr zu vergütende Thätigkeit, d. h. der betreffende prozessualische Akt ausschließlich einen der im Gerichtskostengesetze § 26 Nr. 1 bis 20 bezeichneten Gegenstände betroffen hat. Zu diesen Gegenständen gehört noch Nr. 9 des § 26 a. a. O. die Anordnung einer einstweiligen Verfügung, sofern die Entscheidung durch Endurtheil zu treffen ist. Im Gegensatze hierzu bestimmt der § 23 Ziff. 1 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, daß der Rechtsanwalt $^3/_{10}$ der vollen Gebühr anzusprechen habe, wenn seine Thätigkeit die Anordnung einer einstweiligen Verfügung im Sinne des § 35 Nr. 4 (jetzt § 35 Nr. 3) des Gerichtskostengesetzes betreffe. Hiermit ist ausgesprochen, daß die Befugniß des Anwaltes, entweder die höhere Gebühr von $^5/_{10}$ oder die mindere von $^3/_{10}$ der vollen Taxe zu liquidiren, davon abhängig sei, ob das Verfahren wegen Anordnung eines Provisoriums durch Endurtheil oder durch Beschluß zu erfolgen hat. In dieser Weise unterscheidet auch das G. K. G. die Ansätze der Gerichtsgebühren nach $^5/_{10}$ und $^3/_{10}$ der regelmäßigen Gebühren, wie die Reichstagskommission im Einverständnisse mit dem Regierungsvertreter zu Protokoll festgestellt hat. Hiermit sind jedoch die Voraussetzungen des besonderen Gebührenbezuges für Fälle der vorliegenden Art noch nicht erschöpft. Nach § 29 der Geb. O. für R. A. umfassen nämlich die in § 13 benannten Gebühren die gesammte Thätigkeit des Anwaltes von dem Auftrage bis zur Beendigung der Instanz, und es wird zur Instanz insbesondere das Verfahren über einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung gerechnet, „soweit dasselbe mit dem Verfahren über die Hauptsache verbunden ist". Ist dagegen in einem solchen Falle das Verfahren von dem in der Hauptsache getrennt, so soll für jenes dem Anwalte nach § 30 Nr. 2 der Geb. O. eine besondere Gebühr verwilligt werden. Maßgebend für diese Bestimmung war die Erwägung, daß es sich in allen in § 30 a. a. O. vorgesehenen Fällen um eine Mehrarbeit des Anwaltes handele, welche besonders zu honoriren sei, sobald eine mündliche, von dem Hauptverfahren gesonderte Verhandlung stattgefunden habe. Es genügt deßhalb die Stellung eines bezüglichen Antrages in einem Schriftsatze für sich allein noch nicht, um den Anspruch des Prozeßbevollmächtigten auf die Prozeßgebühr zu begründen. (Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 8 S. 429.) **Das gegenseitige Verhältniß der §§ 20. 23. 29 und 30 der Geb. O. für R. A. in Betreff des Gebührenbezuges der Rechtsanwälte bei dem Verfahren über einstweilige Verfügungen ist hiernach Folgendes. Zunächst kommt es darauf an, ob dieses Verfahren mit dem über die Hauptsache verbunden oder ob es von demselben getrennt ist. In jenem Falle gehört es zur Instanz, und dürfen besondere Gebühren dafür nicht berechnet werden; in diesem Falle kommen solche Gebühren in Ansatz. Die Höhe der letzteren richtet sich wiederum danach, ob die Anordnung des Provisoriums durch Endurtheil oder durch Beschluß zu erfolgen hat; wenn durch Endurtheil, so trifft der § 20, wenn durch Beschluß, der § 23**

Digitized by Google

der Geb. O. zu. Für den Bezug der Prozeßgebühr endlich ist noch entscheidend, ob die Parteien in eine mündliche Verhandlung eingetreten sind. (R. G. 28. I. 85.) R. C. XIII. (79.) 322. 323.

§ 820.

§ 820.

In dringenden Fällen kann das Amtsgericht, in dessen Bezirke sich der Streitgegenstand befindet, eine einstweilige Verfügung erlassen, unter Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher der Gegner zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung vor das Gericht der Hauptsache zu laden ist.

Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist hat das Amtsgericht auf Antrag die erlassene Verfügung aufzuheben.

Die in diesem Paragraphen erwähnten Entscheidungen des Amtsgerichts können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

§ 701.

1. Wenn im Falle des § 820 C. P. O. das Amtsgericht, in dessen Bezirk sich der Streitgegenstand befindet, eine einstweilige Verfügung erlassen hat, und demnächst das in derselben Gesetzesstelle vorgesehene Verfahren vor dem Gerichte der Hauptsache stattfindet, so handelt es sich um ein Verfahren „über die Aufhebung (bezw. Abänderung oder Aufrechthaltung) einer einstweiligen Verfügung, in welchem die Entscheidung auf Grund einer Prüfung der Rechtmäßigkeit jener Verfügung zu treffen ist". (R. G. 1. XI. 82.) R. C. VIII. (93.) 339. A. VII. (27.) 87.

2. Die Verfügung, welche das Amtsgericht vermöge seiner vom Gesetze ausnahmsweise verordneten Zuständigkeit auf Grund des § 820 C. P. O. erläßt, ist gleichviel, ob solche nach vorgängiger, fakultativ zugelassener, mündlicher Verhandlung und in welcher Form immer ergeht, stets ein Beschluß; die Kompetenz des Amtsgerichtes hört auf, sobald die Sache vor das Landgericht gebracht wird und es hat nunmehr letzteres durch Endurtheil über das Provisorium zu befinden. (R. G. 28. I. 85.) R. C. XIII. (79.) 324.

3. Das in dem § 820 C. P. O. verordnete Verfahren vor dem Gerichte der Hauptsache in seiner Verknüpfung mit dem Erlasse der einstweiligen Verfügung durch das (wegen Dringlichkeit der Sache ausnahmsweise bezüglich jenes Erlasses an die Stelle des nach § 816 C. P. O. regelmäßig dazu befugten Gerichtes der Hauptsache getretene) Amtsgericht, in dessen Bezirk sich der Streitgegenstand befindet, hat im Sinne des Gesetzes eine wesentliche Affinität mit dem Verfahren in dem Falle der §§ 804. 805 C. P. O. Als Gegengewicht gegen die mögliche Gefährdung desjenigen, gegen welchen die einstweilige Verfügung erlassen wird, durch die exzeptionelle Befugniß des regelmäßig dazu nicht zuständigen Gerichtes zu dem Erlasse der Verfügung ist das Verfahren so geregelt, als ob der jener Verfügung Unterworfene ihrem Erlasse widerspreche. (R. G. 1. XI. 82.) R. C. VIII. (93.) 340. A. VII. (27.) 88.

4. Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung setzt die Anhängigkeit eines Rechtsstreites nicht voraus, und nicht bloß das Gericht der Hauptsache ist zu deren Erlaß zuständig. (R. G. 20. V. 81.) S. hierüber bei § 819 ad R. C. IV. (114.) 405—408. A. IV. (27.) 84—86.

5. Der Rechtsanwalt ist nicht berechtigt, für die Vertretung in dem § 820 C. P. O. vor dem Gerichte der Hauptsache verordneten Verfahren die volle Prozeß- und Verhandlungsgebühr zu fordern. Nach § 20 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte erhält der Rechtsanwalt fünf Zehn-

Digitized by Google

theile der in den §§ 13—18 bestimmten Gebühr, soweit die durch die Gebühr zu vergütende Thätigkeit desselben ausschließlich die im Gerichtskostengesetze § 26 Nr. 1—10 bezeichneten Gegenstände betrifft. Zu letzteren Gegenständen gehört nach § 26 Nr. 9 jenes Gesetzes die Anordnung, Abänderung oder Aufhebung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, sofern die Entscheidung durch Endurtheil zu treffen ist. Hinter letzteren Gesetzesworten ist in Klammern allegirt: „§ 802 Abs. 1, §§ 805, 806 Abs. 2, 807, 815 C. P. O." Wenn im Falle des § 820 C. P. O. das Amtsgericht, in dessen Bezirk sich der Streitgegenstand befindet, eine einstweilige Verfügung erlassen hat, und demnächst das in derselben Gesetzesstelle vorgesehene Verfahren vor dem Gerichte der Hauptsache stattfindet, so handelt es sich um ein Verfahren „über die Aufhebung (bezw. Abänderung oder Aufrechterhaltung) einer einstweiligen Verfügung, in welchem die Entscheidung auf Grund einer Prüfung der Rechtmäßigkeit jener Verfügung zu treffen ist." Es liegt also für den Gerichtskostenansatz gerade einer der in § 26 Nr. 9 a. a. O. wörtlich vorgesehenen Fälle vor. Gegenüber der ganz allgemeinen Wortfassung des Gesetzes ist es nicht stichhaltig, daraus, daß hinter den verordneten Worten nur die §§ 802 Abs. 1, §§ 805, 806 Abs. 2, §§ 807, 815 C. P. O. allegirt sind, dagegen nicht der § 820 a. a. O., zu folgern, daß nach dem Gesetzeswillen das auf Grund des § 820 vor dem Gerichte der Hauptsache stattfindende Verfahren bezüglich des Kostenansatzes nicht dem in den Worten der Bestimmung des § 26 Nr. 9 a. a. O. ausgesprochenen Prinzipe unterliegen solle. Der in diesem § 26 Nr. 9 zuletzt allegirte § 815 C. P. O. normirt überhaupt nicht unmittelbar einen Prozeßakt oder Prozeßabschnitt, welcher für sich Gegenstand eines Kostenansatzes sein könnte, sondern er bestimmt nur prinzipiell, daß auf die Anordnung einstweiliger Verfügungen und das weitere Verfahren bezüglich dieser Verfügungen die Vorschriften über die Anordnung von Arresten und das Arrestverfahren entsprechende Anwendung fänden, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Vorschriften enthielten. Das Allegat dieses § 815 C. P. O. in dem § 26 Nr. 9 a. a. O. hat ersichtlich nur die Bedeutung, hervorzuheben, daß der Gerichtskostenansatz bezüglich des Verfahrens bei Anordnung, Abänderung und Aufhebung der Arreste und einstweiligen Verfügungen, sofern die Entscheidung durch Endurtheil zu treffen ist, gleichgestellt sei, weil in der Civilprozeßordnung die Anordnung einstweiliger Verfügungen und das daran sich knüpfende Verfahren in seinen verschiedenen möglichen entsprechenden Nuancirungen mit der Anordnung der Arreste und dem Arrestverfahren paralleliſirt seien. Das in dem § 820 C. P. O. verordnete Verfahren vor dem Gerichte der Hauptsache in seiner Verknüpfung mit dem Erlasse der einstweiligen Verfügung durch das (wegen Dringlichkeit der Sache ausnahmsweise bezüglich jenes Erlasses an die Stelle des nach § 816 C. P. O. regelmäßig dazu befugten Gerichtes der Hauptsache getretene) Amtsgericht, in dessen Bezirk sich der Streitgegenstand befindet, hat im Sinne des Gesetzes eine wesentliche Affinität mit dem Verfahren in dem Falle der §§ 804. 805 C. P. O. Als Gegengewicht gegen die mögliche Gefährdung Desjenigen, gegen welchen die einstweilige Verfügung erlassen wird, durch die exzeptionelle Befugniß des regelmäßig dazu nicht zuständigen Gerichtes zu dem

Digitized by Google

Erlasse der Verfügung ist das Verfahren so geregelt, als ob der jener Verfügung Unterworfene ihrem Erlasse widerspreche. Adminikulirend kommt in Betracht, daß nach dem Geiste des Gerichtskostengesetzes, dessen Ansätze geregelt sind mit Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes und das durchschnittliche Maß der Mühewaltung, welche durch die betreffende Gebühr, als vergütet, gedacht ist. Diese für die Höhe des Ansatzes grundlegenden Momente stehen sich aber in den Fällen der §§ 804, 805, 802 Abs. 1, § 806 Abs. 2, § 807 und in dem Verfahren vor dem Gerichte der Hauptsache gemäß § 820 C. P. O. ganz gleich. Vorstehende, für die Auslegung des § 26 Nr. 9 des Gerichtskostengesetzes in dem entwickelten Sinne Ausschlag gebende Momente greifen (bei der Fassung des § 20 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte) auch in Bezug auf den Ansatz der Gebühren für die Thätigkeit der Rechtsanwälte in dem gemäß § 820 C. P. O. vor dem Gerichte der Hauptsache verordneten Verfahren dahin durch, daß nur $^5/_{10}$ der Gebühr (§§ 13—24 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte) berechnet werden dürfen. (R. G. 1. XI. 82.) R. C. VIII. (93.) 338—340. A. VII. (27.) 87—89.

3. Gemeinsame Bestimmungen.

§ 821.

§ 821.

Als Gericht der Hauptsache im Sinne der Bestimmungen dieses Abschnitts ist das Gericht erster Instanz und, wenn die Hauptsache in der Berufungsinstanz anhängig ist, das Berufungsgericht anzusehen.

§§ 799, 807 Abs. 2, 816 Abs. 1, 820 Abs. 1 a ff.

1. **Das Berufungsgericht ist zur Entscheidung über den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung noch nach Verkündung des Berufungsurtheiles zuständig, wenn der Antrag vor der Verkündung gestellt war.** (R. G. 2. V. 82.) S. hierüber bei § 816 ad R. C. VI. (128.) 414.

2. **Gegen Urtheile, welche das Oberlandesgericht gemäß § 821 C. P. O. in erster Instanz erlassen hat, findet die Revision statt.** Ob auf derartige Urtheile die Bestimmung des § 507 C. P. O. Anwendung findet, kann deßhalb zweifelhaft sein, weil diese Bestimmung zunächst nur von Urtheilen handelt, welche das Oberlandesgericht als Gericht zweiter Instanz erlassen hat. Gleichwohl sind die erstinstanzlichen Arresturtheile des Oberlandesgerichtes den im § 507 gedachten Urtheilen beizuzählen. Hierzu nöthigt der Grund, welcher den Gesetzgeber bewogen hat, in § 821 C. P. O. dem Berufungsgerichte dann, wenn die Hauptsache an die Berufungsinstanz gelangt ist, den Geschäftsbereich des „Gerichtes der Hauptsache" (im Sinne der Bestimmungen des 5. Abschnittes vom 8. Buche der C. P. O.) zu übertragen. Der Zweck der Uebertragung ist der, eine abweichende Beurtheilung der Hauptsache zu verhüten (Motive zu § 766 des Entwurfes der C. P. O. S. 457). Dies aber wäre nicht oder doch nicht vollständig zu erreichen, sollten gegen Endurtheile, welche das Berufungsgericht über Arreste und einstweilige Verfügungen als zuerst entscheidende Instanz erläßt, nicht die nämlichen Rechtsmittel stattfinden, wie gegen das Endurtheil des Berufungsgerichtes in der zugehörigen Hauptsache. (R. G. 6. XII. 81.) R. C. V. (123.) 430. 431. A. V. (20.) 92.

Digitized by Google

§ 822. **§ 822.**

In dringenden Fällen kann der Vorsitzende über die in diesem Abschnitt erwähnten Gesuche, sofern deren Erledigung eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordert, anstatt des Gerichts entscheiden.

§§ 800—802, 806 Abs. 1, 812, 815, 816 Abs. 2, 817.

Neuntes Buch.

Aufgebotsverfahren.

I. Allgemeine Bestimmungen.

Zulässigkeit.

§ 823. **§ 823.**

Eine öffentliche gerichtliche Aufforderung zur Anmeldung von Ansprüchen oder Rechten findet mit der Wirkung, daß die Unterlassung der Anmeldung einen Rechtsnachtheil zur Folge hat, nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen statt.

Für das Aufgebotsverfahren ist das durch das Gesetz bestimmte Gericht zuständig.

G. V. G. § 23 Nr. 2. Einf. G. hierzu § 3. Einf. G. z. C. P. O. § 11. Wechsel-O. Art. 73. H. G. B. Art. 305. — Ger. K. G. § 44. R. A. G. O. § 40.

1. Die C. P. O. hat an der materiellen Bedeutung des Aufgebotsverfahrens und des Anschlußurtheils nichts ändern, sondern nur das Verfahren selbst in gewissem Grade für das ganze Deutsche Reich gemeinsam regeln wollen. (R. G. 28. II. 85.) U. u. A. I. (292.) 472.

2. Der Satz, daß bekannte Interessenten nicht edictaliter geladen werden sollen, ist nicht dem materiellen Rechte, sondern dem Prozeßrechte zuzurechnen und findet insofern seine nähere Bestimmung dahin, daß bekannte Interessenten eben besonders zu laden sind (vgl. c. 47 in VI. de elect. 1, 6); aber Raum für die Anwendung des letzteren Satzes ist überhaupt nur in den Fällen gegeben, wo es sich darum handelt, durch das Aufgebotsverfahren diejenigen Interessenten zu ermitteln, welche sich zur Geltendmachung ihrer Rechte an einem bestimmten Verfahren (z. B. an einem Konkursverfahren) betheiligen wollen; daneben besteht für die andere Kategorie von Fällen, wo es sich darum handelt, durch das Aufgebotsverfahren überhaupt alle in Beziehung auf ein bestimmtes Objekt bestehenden Rechte und Ansprüche Dritter in Erfahrung zu bringen, der weitere Satz, daß die **bekannten Interessenten von dem Aufgebotsverfahren gar nicht berührt** werden, und dieser Satz gehört ohne Zweifel dem materiellen Rechte an. (R. G. 28. II. 85.) U. u. A. I. (292.) 472.

§ 824. **§ 824.**

Der Antrag kann schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers gestellt werden. Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Ist der Antrag zulässig, so hat das Gericht das Aufgebot zu erlassen. In dasselbe ist besonders aufzunehmen:

1. die Bezeichnung des Antragstellers;
2. die Aufforderung, die Ansprüche und Rechte spätestens im Aufgebotstermine anzumelden;
3. die Bezeichnung der Rechtsnachtheile, welche eintreten, wenn die Anmeldung unterbleibt;
4. die Bestimmung eines Aufgebotstermins.

Digitized by Google

Oeffentliche Bekanntmachung.

§ 825.

§ 825.

Die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots erfolgt durch Anheftung an die Gerichtstafel und durch Einrückung in den Deutschen Reichsanzeiger, außerdem aber, sofern nicht das Gesetz für den betreffenden Fall eine abweichende Anordnung getroffen hat, nach den im § 187 für Ladungen gegebenen Vorschriften.

R. G. v. 12./5. 73 § 5.

§ 826.

§ 826.

Auf die Gültigkeit der öffentlichen Bekanntmachung hat es keinen Einfluß, wenn das anzuheftende Schriftstück von dem Orte der Anheftung zu früh entfernt ist oder wenn im Falle wiederholter Bekanntmachung die vorgeschriebenen Zwischenfristen nicht eingehalten sind.

§ 834 Nr. 2.

§ 827.

§ 827.

Zwischen dem Tage, an welchem die Einrückung oder die erste Einrückung des Aufgebots in den Deutschen Reichsanzeiger erfolgt ist, und dem Aufgebotstermine muß sofern das Gesetz nicht eine abweichende Anordnung enthält, ein Zeitraum von mindestens sechs Wochen liegen.

§ 834 Nr. 3.

§ 828.

§ 828.

Eine Anmeldung, welche nach dem Schlusse des Aufgebotstermins, jedoch vor Erlassung des Ausschlußurtheils erfolgt, ist als eine rechtzeitige anzusehen.

Ausschlußurtheil.

§ 829.

§ 829.

Das Ausschlußurtheil ist in öffentlicher Sitzung auf Antrag zu erlassen.

Vor Erlassung des Urtheils kann eine nähere Ermittelung, insbesondere die eidliche Versicherung der Wahrheit einer Behauptung des Antragstellers angeordnet werden.

§ 266.

Gegen den Beschluß, durch welchen der Antrag auf Erlassung des Ausschlußurtheils zurückgewiesen wird, sowie gegen Beschränkungen und Vorbehalte, welche dem Ausschlußurtheile beigefügt sind, findet sofortige Beschwerde statt.

§ 540.

§ 830.

§ 830.

Erfolgt eine Anmeldung, durch welche das von dem Antragsteller zur Begründung des Antrags behauptete Recht bestritten wird, so ist nach Beschaffenheit des Falles entweder das Aufgebotsverfahren bis zur endgültigen Entscheidung über das angemeldete Recht auszusetzen, oder in dem Ausschlußurtheile das angemeldete Recht vorzubehalten.

§ 834 Nr. 5.

§ 831.

§ 831.

Ist der Antragsteller in dem Aufgebotstermine nicht erschienen, so ist auf seinen Antrag ein neuer Termin zu bestimmen. Der Antrag ist nur binnen einer vom Tage des Aufgebotstermins laufenden Frist von sechs Monaten zulässig.

§ 832.

§ 832.

Wird zur Erledigung des Aufgebotsverfahrens ein neuer Termin bestimmt, so ist eine öffentliche Bekanntmachung des Termins nicht erforderlich.

§ 833.

§ 833.

Das Gericht kann die öffentliche Bekanntmachung des wesentlichen Inhalts des Ausschlußurtheils durch einmalige Einrückung in den Deutschen Reichsanzeiger anordnen.

§ 848.

Anfechtungsklage.

§ 834.

§ 834.

Gegen das Ausschlußurtheil findet ein Rechtsmittel nicht statt.

Digitized by Google

Das Ausschlußurtheil kann bei dem Landgerichte, in dessen Bezirke das Aufgebotsgericht seinen Sitz hat, mittels einer gegen den Antragsteller zu erhebenden Klage angefochten werden:

G. B. G. §§ 23, 70.

1. wenn ein Fall nicht vorlag, in welchem das Gesetz das Aufgebotsverfahren zuläßt;
2. wenn die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots oder eine in dem Gesetze vorgeschriebene Art der Bekanntmachung unterblieben ist;

§ 826.

3. wenn die vorgeschriebene Aufgebotsfrist nicht gewahrt ist;

§ 827.

4. wenn der erkennende Richter von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen war;
5. wenn ein Anspruch oder ein Recht ungeachtet der erfolgten Anmeldung nicht dem Gesetze gemäß in dem Urtheile berücksichtigt ist;

§ 830.

6. wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen die Restitutionsklage wegen einer strafbaren Handlung stattfindet.

§ 543.

Ziff. 2. Oeffentliche Bekanntmachung des Aufgebotes. Auslegung von § 20 Abs. 3 des preuß. Ausführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung vom 24. März 1879. Derselbe bestimmt: „Betrifft das Aufgebot Urkunden, für deren Aufgebot die Bekanntmachung durch namentlich bezeichnete Blätter in Privilegien oder Statuten besonders vorgeschrieben ist, so erfolgt die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebotes (§ 842 Abs. 1 C. P. O.) auch durch einmalige Einrückung in diesen Blättern." Wenn also bei Emission eines Inhaberpapieres angekündigt ist, daß die zum Zwecke der Amortisation nöthigen Bekanntmachungen nur in bestimmten, mit Namen bezeichneten Blättern erfolgen werden, so liegt darin eine Zusicherung, zufolge deren der Inhaber sich um andere Blätter als die benannten nicht zu kümmern braucht. Anders ist es, wenn nur bestimmt ist, es hätten die fraglichen Bekanntmachungen in Blättern gewisser Orte zu erfolgen. Insofern an diesen Orten Blätter in großer Zahl erscheinen, auch neue gegründet werden können, tritt hier der Gesichtspunkt einer vertragsmäßigen Zusicherung ganz in den Hintergrund und nur die Absicht hervor, für eine möglichst zweckmäßige Art der Veröffentlichung Sorge zu tragen. Wenn nun das Gesetz eine neue, ihm noch zweckmäßiger erscheinende Art der Veröffentlichung vorschreibt, so durfte es davon ausgehen, daß durch seine Vorschrift vertragsmäßige Interessen nicht verletzt würden. Diese Auffassung stimmt auch ganz überein mit der Entstehungsgeschichte der in Frage stehenden Bestimmung. Im Gesetzesentwurfe fand sich dieselbe nicht, in der Landtagskommission wurde jedoch angeregt, ob nicht der Inhaber ein Recht habe, die Bekanntmachung in den Blättern zu verlangen, welche bei der Emission als diejenigen bezeichnet seien, in welchen das Aufgebot bekannt zu machen sei. Es wurde entgegnet, daß zwar von einem bezüglichen Rechte nicht die Rede sein könne, jedoch die Billigkeit dafür spreche, dem Wortlaute des Papieres zu genügen, und wurde demgemäß ein Zusatz folgenden Inhaltes vorgeschlagen: „Sind durch Statut für eine bestimmte Gattung von Werthpapieren andere als die in § 187 C. P. O. bezeichneten Blätter für das Aufgebot bestimmt, so hat in diesen Blättern ꝛc." Bei

Digitized by Google

zweiter Lesung erhoben sich Bedenken gegen diese Fassung, weil sie in verschiedener Richtung zu weit gehe und einer Beschränkung bedürfe. In Folge dessen wurde die jetzige Fassung, welche von namentlich bezeichneten Blättern spricht, beschlossen. (R. G. 7. XII. 83.) R. C. XI. (94.) 371—373. A. IX. (43.) 189. 190.

§ 835.

§ 835.

Die Anfechtungsklage ist binnen der Nothfrist eines Monats zu erheben. Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem der Kläger Kenntniß von dem Ausschlußurtheile erhalten hat, in dem Falle jedoch, wenn die Klage auf einem der im § 834 Nr. 4, 6 bezeichneten Anfechtungsgründe beruht und dieser Grund an jenem Tage noch nicht zur Kenntniß des Klägers gelangt war, erst mit dem Tage, an welchem der Anfechtungsgrund dem Kläger bekannt geworden ist.

Nach Ablauf von zehn Jahren, von dem Tage der Verkündung des Ausschlußurtheils an gerechnet, ist die Klage unstatthaft.

§ 836.

§ 836.

Das Gericht kann die Verbindung mehrerer Aufgebote anordnen, auch wenn die Voraussetzungen des § 138 nicht vorliegen.

II. Urkundenamortisation.

Zulässigkeit.

§ 837.

§ 837.

Für das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Kraftloserklärung (Amortisation) abhanden gekommener oder vernichteter Wechsel und der in den Artikeln 301, 302 des Handelsgesetzbuchs bezeichneten Urkunden gelten die nachfolgenden besonderen Bestimmungen.

Die Bestimmungen finden in Betreff anderer Urkunden, bezüglich welcher das Gesetz das Aufgebotsverfahren zuläßt, insoweit Anwendung, als in dem Gesetze nicht besondere Vorschriften enthalten sind.

W. O. Art. 73. H. G. B. Art. 305.

§ 838.

§ 838.

Bei Papieren, welche auf den Inhaber lauten oder welche durch Indossament übertragen werden können und mit einem Blankoindossamente versehen sind, ist der letzte Inhaber berechtigt, das Aufgebotsverfahren zu beantragen.

Bei anderen Urkunden ist derjenige zu dem Antrage berechtigt, welcher das Recht aus der Urkunde geltend machen kann.

§ 839.

§ 839.

Für das Aufgebotsverfahren ist das Gericht des Orts zuständig, welchen die Urkunde als den Erfüllungsort bezeichnet. Enthält die Urkunde eine solche Bezeichnung nicht, so ist das Gericht zuständig, bei welchem der Aussteller seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen Gerichts, dasjenige, bei welchem der Aussteller zur Zeit der Ausstellung seinen allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

Ist der Anspruch, über welchen die Urkunde ausgestellt ist, in einem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen, so ist das Gericht der belegenen Sache ausschließlich zuständig.

§ 823. W. O. Art. 73, 97. H. G. B. Art. 324.

§ 840.

§ 840.

Der Antragsteller hat zur Begründung des Antrags:

1. entweder eine Abschrift der Urkunde beizubringen, oder den wesentlichen Inhalt der Urkunde und alles anzugeben, was zur vollständigen Erkennbarkeit derselben erforderlich ist;
2. den Verlust der Urkunde sowie diejenigen Thatsachen glaubhaft zu machen, von welchen seine Berechtigung abhängt, das Aufgebotsverfahren zu beantragen;

   § 837 Abs. 1.
3. sich zur eidlichen Versicherung der Wahrheit seiner Angaben zu erbieten.

   §§ 266, 829 Abs. 2.

Digitized by Google

Oeffentliche Bekanntmachung.

§ 841. § 841.

In dem Aufgebot ist der Inhaber der Urkunde aufzufordern, spätestens im Aufgebotstermine seine Rechte bei dem Gericht anzumelden und die Urkunde vorzulegen. Als Rechtsnachtheil ist anzudrohen, daß die Kraftloserklärung der Urkunde erfolgen werde.

§ 842. § 842.

Die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots erfolgt durch Anheftung an die Gerichtstafel und in dem Lokale der Börse, wenn eine solche am Sitze des Aufgebotsgerichts besteht, sowie durch dreimalige Einrückung in die im § 187 Absatz 2 bezeichneten Blätter.

Das Gericht kann anordnen, daß die Einrückung noch in anderen Blättern und zu mehreren Malen erfolge.

§§ 824 Nr. 1, 825, 837 Abs. 1.

§ 843. § 843.

Bei Werthpapieren, für welche von Zeit zu Zeit Zinsscheine oder Gewinnantheilscheine ausgegeben werden, ist der Aufgebotstermin so zu bestimmen, daß bis zu demselben der erste einer seit der Zeit des glaubhaft gemachten Verlustes ausgegebenen Reihe von Zinsscheinen oder Gewinnantheilscheinen fällig geworden ist und seit der Fälligkeit desselben sechs Monate abgelaufen sind.

Vor Erlassung des Ausschlußurtheiles hat der Antragsteller ein nach Ablauf dieser sechsmonatigen Frist ausgestelltes Zeugniß der betreffenden Behörde, Kasse oder Anstalt beizubringen, daß die Urkunde seit der Zeit des glaubhaft gemachten Verlustes ihr zur Ausgabe neuer Scheine nicht vorgelegt sei und daß die neuen Scheine an einen Anderen als den Antragsteller nicht ausgegeben seien.

§ 844. § 844.

Bei Werthpapieren, für welche Zinsscheine oder Gewinnantheilscheine zuletzt für einen längeren Zeitraum als vier Jahre ausgegeben sind, genügt es, wenn der Aufgebotstermin so bestimmt wird, daß bis zu demselben seit der Zeit des glaubhaft gemachten Verlustes von den zuletzt ausgegebenen Scheinen solche für vier Jahre fällig geworden und seit der Fälligkeit des letzten derselben sechs Monate abgelaufen sind. Scheine für Zeitabschnitte, für welche keine Zinsen oder Gewinnantheile bezahlt werden, kommen nicht in Betracht.

Vor Erlassung des Ausschlußurtheils hat der Antragsteller ein nach Ablauf dieser sechsmonatigen Frist ausgestelltes Zeugniß der betreffenden Behörde, Kasse oder Anstalt beizubringen, daß die für die bezeichneten vier Jahre und später etwa fällig gewordenen Scheine ihr von einem Anderen als dem Antragsteller nicht vorgelegt seien. Hat in der Zeit seit dem Erlasse des Aufgebots eine Ausgabe neuer Scheine stattgefunden, so muß das Zeugniß auch die im § 843 Absatz 2 bezeichneten Angaben enthalten.

§ 845. § 845.

Bei Werthpapieren, für welche Zinsscheine oder Gewinnantheile ausgegeben sind, aber nicht mehr ausgegeben werden, ist, wenn nicht die Voraussetzungen der §§ 843, 844 vorhanden sind, der Aufgebotstermin so zu bestimmen, daß bis zu demselben seit der Fälligkeit des letzten ausgegebenen Scheines sechs Monate abgelaufen sind.

§ 846. § 846.

Ist in einer Schuldurkunde eine Verfallzeit angegeben, welche zur Zeit der ersten Einrückung des Aufgebots in den Deutschen Reichsanzeiger noch nicht eingetreten ist, und sind die Voraussetzungen der §§ 843—845 nicht vorhanden, so ist der Aufgebotstermin so zu bestimmen, daß seit dem Verfalltage sechs Monate abgelaufen sind.

§ 847. § 847.

Zwischen dem Tage, an welchem die erste Einrückung des Aufgebots in den Deutschen Reichsanzeiger erfolgt ist, und dem Aufgebotstermine muß ein Zeitraum von mindestens sechs Monaten liegen.

Ausschlußurtheil.

§ 848. § 848.

In dem Ausschlußurtheil ist die Urkunde für kraftlos zu erklären.

Digitized by Google

Das Ausschlußurtheil ist seinem wesentlichen Inhalte nach durch den Deutschen Reichsanzeiger bekannt zu machen.

§ 833.

In gleicher Weise hat nach eingetretener Rechtskraft die Bekanntmachung des auf die Anfechtungsklage ergangenen Urtheils, soweit dadurch die Kraftloserklärung aufgehoben wird, zu erfolgen.

§ 849.

§ 849. Die Vorschriften der §§ 843—848 finden auch auf das Aufgebot anderer als der im § 887 Absatz 1 bezeichneten Urkunden, welche auf den Inhaber lauten oder durch Indossament übertragbar und mit einem Blankoindossament versehen sind, Anwendung, insoweit nicht der Anspruch, über welchen die Urkunde ausgestellt ist, in einem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen ist.

Durch diese Bestimmung werden Vorschriften, welche für das Aufgebotsverfahren noch andere oder schwerere Voraussetzungen aufstellen, nicht berührt.

E. G. § 11.

§ 850.

§ 850. Derjenige, welcher das Ausschlußurtheil erwirkt hat, ist dem durch die Urkunde Verpflichteten gegenüber berechtigt, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen.

R. G. v. 12./5. 73 § 6. Ger. K. G. § 44. K. A. G. O. § 40.

Zehntes Buch.

Schiedsrichterliches Verfahren.

1. Schiedsvertrag.

§ 851.

§ 851. Die Vereinbarung, daß die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen solle, hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streits einen Vergleich zu schließen.

§ 40.

1. **Eine Vereinbarung, nach welcher gewisse künftig unter den Kontrahenten entstehende Streitigkeiten unter Ausschluß des Rechtsweges durch Schiedsrichter entschieden werden sollen, ist ein Vertrag** (§ 1 A. L. R. I. 5; §§ 851. 852 C. P. O.). Der Umstand, daß ein solcher Schiedsvertrag die aus einem anderen Vertrage entstehenden Rechtsstreitigkeiten zum Gegenstande hat, ist für den Schiedsvertrag ein zufälliger; er nimmt demselben der Regel nach nicht den Charakter eines selbständigen Vertrages. Nur in dem Falle, daß bereits das Gesetz bei einer bestimmten Vertragsgattung (wie beim Versicherungsvertrage) die Entscheidung der aus dem Vertrage entstehenden Streitigkeiten der schiedsrichterlichen Entscheidung überweist, könnte man die vertragsmäßige Regelung dieses Naturales lediglich als integrirenden Bestandtheil des Versicherungsvertrages auffassen. (R. G. 29. IX. 85.) R. C. XIV. (65.) 258. 259.

2. Dasjenige, was den Inhalt des Vertretungswillens ausmacht, ist materieller Vertragsinhalt, und dieser gehört dem materiellen Rechte an, ist nach den Regeln des materiellen Rechts zu beurtheilen. **Ist die Unterwerfung unter ein Schiedsgericht Gegenstand eines Vertrages, so ist der Inhalt des hierbei sich offenbarenden Vertragswillens als ein Gegenstand des materiellen Rechtes aufzufassen, richtet sich also nach den Regeln des materiellen Rechtes und muß demgemäß diejenigen Momente aufweisen, ... das zur Zeit der Errichtung des Vertrages geltende Gesetz zu den**

Digitized by Google

nothwendigen Elementen eines Kompromißvertrages zählt und zu dessen Vollständigkeit verlangt. Ein solches Gesetz ist kein prozessuales, sondern ein materiell rechtliches, weil es eben nur private Willenserklärungen, welche Bestandtheile eines Vertrages sind, regelt und die für ihre rechtliche Existenz erforderlichen Bedingungen vorschreibt. Wenn nun ein Gesetz die rechtliche Anerkennung eines Kompromißvertrages davon abhängig gemacht, daß derselbe ausdrückliche Bestimmung über die Bildung des Schiedsgerichts enthält, so ist hierdurch eine solche Bestimmung als ein wesentliches Erforderniß für die rechtliche Existenz, Gültigkeit und Klagbarkeit der betreffenden Vereinbarung aufgestellt, und verhindert der Mangel einer solchen Bestimmung, daß das Kompromiß überhaupt zur rechtlichen Existenz gelangt. Diese Auffassung, daß die gedachte gesetzliche Regel dem materiellen Privatrecht, nicht dem Prozeßrecht angehört, wird dadurch bestätigt, daß die Allgemeine Gerichtsordnung gar keine Bestimmung über die Wahl der Schiedsrichter enthält und einen ausdrücklich darüber geschlossenen Vertrag voraussetzt, also davon ausgeht, daß die Bildung des Schiedsgerichts ausschließlich Gegenstand der Uebereinkunft der Kontrahenten und als solcher materiellen Rechtens ist. Die R. C. P. O. enthält in den §§ 845 ff. beim Mangel einer Bestimmung des Schiedsvertrages subsidiäre Vorschriften über die Bildung des Schiedsgerichts, gibt aber hierdurch nicht zu erkennen, daß sie die Bestimmung hierüber, wenn solche ein Gegenstand der Vereinbarung im Vertrage ist, zum Prozeßrecht rechnet; vielmehr geht das Gegentheil aus den §§ 851—853 hervor und jedenfalls kann die Einführung der R. C. P. O. nicht die Wirkung hervorgebracht haben, daß Dasjenige, was in einem unter der Herrschaft der Allgemeinen Gerichtsordnung geschlossenen Vertrage zu einem wesentlichen Bestandtheil seines Inhalts gehörte und den Regeln des bürgerlichen materiellen Rechtes unterworfen war, nunmehr der Unterwerfung unter diese Regeln entzogen und dagegen zu einem nach dem neueingetretenen Prozeßgesetze zu beurtheilenden Prozeßstoffe gemacht worden ist. Es handelt sich hier in Wirklichkeit um ein dem bürgerlichen materiellen Recht angehöriges Moment und jeder auf ein solches Moment bezügliche, zur Zeit der Herrschaft der Allgemeinen Gerichtsordnung wesentliche Mangel in dem Kompromißvertrage der Parteien macht diesen Vertrag ungültig, weil nur das damalige bürgerliche materielle Recht zur Anwendung kommen kann. (R. G. 10. XI. 81.) A. IV. (150.) 521. 522.

3. **Die Vereinbarung, wonach bestimmte Theile eines Rechtsstreits (z. B. die Höhe des zu vergütenden Schadens) durch ein Schiedsgericht festgestellt werden sollen, ist kein Schiedsvertrag im Sinn des § 851 der C. P. O.** Ein Schiedsvertrag im Sinn des § 851 der C. P. O. ist „die Vereinbarung, daß die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch Schiedsrichter erfolgen solle". Letzteres ist nicht der Fall, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits nicht in seiner Totalität, sondern wenn nur die Entscheidung über ein einzelnes Element des Rechtsstreits, z. B. über die Höhe der Entschädigungssumme, dem Spruch der Schiedsrichter unterworfen werden soll. Es ist nicht möglich, über die Höhe eines Anspruchs zu entscheiden, solange es ungewiß ist, ob der Anspruch seinem Grunde nach berechtigt ist. Nur in dem Fall, wo der Streit der Parteien auf die einzige streitige Frage nach der Höhe der zu leistenden Entschädigung

Digitized by Google

sich beschränkt, kann man sagen: „der Rechtsstreit" werde durch diese Frage gebildet und ihre Entscheidung durch Schiedsrichter sei die Entscheidung „eines Rechtsstreits". Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 24. Februar 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (185.) 281.

4. **Auf eine Behörde kann kompromittirt werden.** Die Thätigkeit und Wirksamkeit einer öffentlichen Behörde als solcher ist allerdings beschränkt durch den Umfang der ihr staatsseitig beigelegten Zuständigkeit und nur innerhalb dieser Grenzen kann sie als Behörde auftreten. (Vgl. Entsch. des R. O. H. G.'s Bd. 2 S. 272 ff. und Gruchot's Beiträge, Jahrg. 16 S. 25. 26.) Allein nach den Motiven zur Civilprozeßordnung S. 475 hat auch ein solches Kompromiß nicht ausgeschlossen werden sollen, während davon ausgegangen wurde, daß die Frage, ob eine Behörde das Schiedsrichteramt übernehmen könne oder dürfe, nach den in den einzelnen deutschen Rechtsgebieten geltenden Vorschriften zu entscheiden sei. (R. G. 17. I. 85.) R. C. XIII. (110.) 407. 408.

5. Der Wirkungskreis der Gerichte des Staats bestimmt sich nach öffentlich-rechtlichen Normen und einer Einschränkung durch Privatvereinbarung unterliegt derselbe nur insoweit, als das Gesetz es ausdrücklich gestattet. **Wenn nun zwar der § 851 der C. P. O. den Parteien die Freiheit einräumt, die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten Schiedsrichtern zu überlassen, so ist ihnen dadurch nicht zugleich auch die Befugniß eingeräumt, von den Gerichten die Entscheidung über einzelne Elemente eines Rechtsstreits zu begehren, so daß nach Erledigung dieses Punktes die weitere Entscheidung des Rechtsstreits Schiedsrichtern zu überlassen wäre.** Auf diese Weise könnte es auf Grund eines Schiedsvertrages dahin kommen, daß die Gerichte des Staats ihre Thätigkeit mit der Entscheidung über den Grund des Anspruchs und über etwaige Einreden und Repliken, welche den Anspruch an sich betreffen, abschließen, um behufs weiterer Entscheidung des Rechtsstreits den Schiedsrichtern Platz zu machen. Für die Zulässigkeit einer derartigen Theilung der Arbeit zwischen den Gerichten des Staats und Schiedsrichtern bietet aber das Gesetz keinen Anhalt. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 24. Februar 1885. S. A. XLI. bezw. XI. (185.) 282. 283.

6. **Die Vereinbarung mehrerer Schiedsgerichtsinstanzen ist zulässig.** Die Civilprozeßordnung legt dem Schiedsspruche unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urtheiles bei (§ 866), gestattet demnach nicht die Anfechtung des Schiedsspruches mit den ordentlichen, gegen richterliche Urtheile nachgelassenen Rechtsmitteln. Auch ein Parteiabkommen, welches die ordentlichen Rechtsmittel vorbehält, hat keine Kraft. Die Aufhebung des Schiedsspruches kann lediglich aus den im § 867 angegebenen Gründen im Wege der Klage (§§ 870. 871) oder der Einwendung gegen die Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurtheiles (§ 868 Abs. 2) beantragt werden (Motive zu § 801 des Entw. S. 476 ff.). Hiermit ist aber nur die Beschreitung des Instanzenzuges gegen Schiedssprüche vor den ordentlichen Gerichten ausgeschlossen; dagegen ist den Parteien nicht die Füglichkeit entzogen, einen schiedsrichterlichen Instanzenzug zu vereinbaren. Das Verfahren vor den Schiedsgerichten unterliegt im Allgemeinen, von einigen, hier nicht in Betracht gelangenden Ausnahmen abgesehen, der Bestimmung der Parteien (§ 860

Digitized by Google

Abs. 2). Demnach hat eine Uebereinkunft, daß der erste Schiedsspruch nur bei Nichteinlegung von Rechtsmitteln gelten, und daß bei rechtzeitiger Einlegung erst der Spruch eines vorgesetzten Schiedsgerichtes für die Parteien maßgebend sein solle, vollkommene Wirksamkeit. Die Ernennung der Schiedsrichter, auch der zur Entscheidung der Rechtsstreitigkeit in höherer Instanz berufenen, steht unter den Vorschriften der Civilprozeßordnung. (R. G. 7. III. 87.) R. C. XVII. (109.) 434. 435.

7. **Bedeutung der in einem Vertrage enthaltenen Schiedsklausel einer äußerlich selbständigen, wenn auch mit dem Vertrage in innerem Zusammenhange stehenden vollstreckbaren Urkunde gegenüber.** (R. G. 24. I. 83.) S. hierüber R. C. XI. (65.) 285—289.

8. Die **Einrede des Schiedsvertrags** ist weder eine solche der Unzuständigkeit, noch der Unzulässigkeit des Rechtsweges, überhaupt keine prozeßhindernde, sondern eine exceptio pacti. Sie wird nicht beseitigt durch Prorogation und kann daher wirksam noch in II. Instanz vorgebracht werden. Entsch. v. 8/2. 83.

§ 852. **§ 852.**

Ein Schiedsvertrag über künftige Rechtsstreitigkeiten hat keine rechtliche Wirkung, wenn er nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht.

§ 853. **§ 853.**

Ist nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts ein mündlich geschlossener Schiedsvertrag gültig, so kann jede Partei die Errichtung einer schriftlichen Urkunde über den Vertrag verlangen.

H. G. B. Art. 317.

§ 854. **§ 854.**

Ist in dem Schiedsvertrag eine Bestimmung über die Ernennung der Schiedsrichter nicht enthalten, so wird von jeder Partei ein Schiedsrichter ernannt.

§ 855. **§ 855.**

Steht beiden Parteien die Ernennung von Schiedsrichtern zu, so hat die betreibende Partei dem Gegner den Schiedsrichter schriftlich mit der Aufforderung zu bezeichnen, binnen einer einwöchigen Frist seinerseits ein Gleiches zu thun.

Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist wird auf Antrag der betreibenden Partei der Schiedsrichter von dem zuständigen Gericht ernannt.

§§ 120, 152 ff., 462, 463, 871.

§ 856. **§ 856.**

Eine Partei ist an die durch sie erfolgte Ernennung eines Schiedsrichters dem Gegner gegenüber gebunden, sobald derselbe die Anzeige von der Ernennung erhalten hat.

§ 857. **§ 857.**

Wenn ein nicht in dem Schiedsvertrag ernannter Schiedsrichter stirbt oder aus einem anderen Grunde wegfällt oder die Uebernahme oder die Ausführung des Schiedsrichteramts verweigert, so hat die Partei, welche ihn ernannt hat, auf Aufforderung des Gegners binnen einer einwöchigen Frist einen anderen Schiedsrichter zu bestellen. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist wird auf Antrag der betreibenden Partei der Schiedsrichter von dem zuständigen Gericht ernannt.

§ 859 Nr. 1.

Der § 857 der R. C. P. O. hat nur Anwendung, wenn eine statutarische Bestimmung die dort vorgesehenen Fälle des Wegfalls des Schiedsrichters nicht in anderer Weise regelt. (R. G. 26. IV. 82.) A. V. (142.) 539. 540.

§ 858. **§ 858.**

Ein Schiedsrichter kann aus denselben Gründen und unter denselben Voraussetzungen abgelehnt werden, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen.

Digitized by Google

Die Ablehnung kann außerdem erfolgen, wenn ein nicht in dem Schiedsvertrag ernannter Schiedsrichter die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert.

Frauen, Minderjährige, Taube, Stumme und Personen, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, können abgelehnt werden.

§§ 42—46.

1. Darüber, **wie die §§ 858 Abs. 1, 867—871 in Verknüpfung mit den §§ 41—46 C. P. O. auszulegen sind**, Folgendes: Im § 858 Abs. 1 C. P. O. ist nirgendwie bestimmt, daß nicht nur die Gründe und Voraussetzungen der Ablehnung eines Schiedsrichters und eines Richters gleichständen; sondern auch die Normen über das Verfahren und die Entscheidung im Falle der Ablehnung eines Richters in den Fällen der Ablehnung eines Schiedsrichters entsprechende Anwendung fänden. Jenes Gesetz bestimmt vielmehr ganz einfach: „Ein Schiedsrichter kann aus denselben Gründen und unter denselben Voraussetzungen abgelehnt werden, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen." Die Gründe und Voraussetzungen der Ablehnung, beziehungsweise Ausschließung eines Richters sind nur in den §§ 41. 42. 43. 44 Abs. 4 C. P. O. normirt. Die Normen über das Verfahren und die Entscheidungen im Falle der Ablehnung eines Richters sind in den §§ 44 Abs. 1, 2, 3. 45 und 46 C. P. O. bestimmt. Letztere Normen sind gar nicht, auch nicht entsprechend, auf den Fall der Ablehnung eines Schiedrichters anwendbar, und zwar selbstverständlich nicht, weil das Schiedsgericht über die Voraussetzungen der Zulässigkeit der schiedsrichterlichen Funktionen gar nicht zu entscheiden hat. — Es kann schon deßwegen gar nicht davon die Rede sein, eine sogenannte pflichtmäßige Erklärung eines abgelehnten Schiedsrichters über den Ablehnungsgrund in Parallele zu stellen mit der dienstlichen Aeußerung des abgelehnten Richters im Sinne des § 44 Abs. 3 C. P. O., welcher dienstlichen Aeußerung auch an sich vermöge der amtlichen Stellung des Richters und dadurch bedingten Verantwortlichkeit ein ganz anderes Gewicht beiwohnt, als einer Erklärung der ersteren Art. In Bezug auf das vor den ordentlichen Gerichten gemäß § 867 ff. stattfindende Verfahren sind dagegen in einem solchen Falle folgende einfache Gesichtspunkte maßgebend. Dieselben haben sich einer diesbezüglichen Behauptung und Beweisantretung gegenüber so zu verhalten, wie in jedem anderen gewöhnlichen Prozesse. Sie haben zu prüfen, ob die betreffenden Behauptungen, ihre Wahrheit vorausgesetzt, an sich geeignet seien, das Mißtrauen einer Partei gegen die Unbefangenheit eines Schiedsrichters in den betreffenden Rechtsstreitigkeiten der Parteien zu rechtfertigen. Wird solches bejaht, so haben sie den angetretenen Beweis zu erheben und auf Grund des Ergebnisses der Beweisaufnahme gemäß § 259 C. P. O. den betreffenden Thatbestand festzustellen und das Urtheil zu fällen. (S. hierüber auch § 863 ad R. C. XIII. (89.) 349. 350.) — (R. G. 7. II. 85.) R. C. XIII. (89.) 350—352.

2. Wie bei den vom Staate eingesetzten Richtern, ebenso ist es bei einem Schiedsrichter, insofern dessen persönliches Interesse erst nach seiner Erwählung hervortritt, nicht zulässig, daß er Richter in eigener Sache sei. **Es geht dies aus der Stellung und dem Berufe des Schiedsrichters, fremde Rechtsstreitigkeiten unparteiisch zu schlichten, hervor**, und die

Digitized by Google

Natur der Sache ergibt schon, **daß die Ausübung seiner Funktion mit der Konkurrenz eines persönlichen Interesses unerträglich ist.** In den §§ 858, 41—43 der R. C. P. O. ist dies auch ausdrücklich ausgesprochen. Derselbe Rechtszustand hat auch schon unter der Herrschaft der preuß. Allg. Gerichtsordnung gegolten, und nach gemeinem Recht wie nach preuß. Recht ist die Unfähigkeit des Schiedsrichters, bei der Konkurrenz eines persönlichen Interesses den Schiedsspruch abzugeben, anzuerkennen (cfr. Windscheid, Pandekten Bd. II § 416; l. 51 D. de receptis, qui arbitrium receperunt 4, 8; Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts, Bd. I § 143; Allg. Gerichtsordnung Thl. I Tit. 2 § 143, Thl. III Tit. 3 §§ 12 ff.; Verordnung vom 14. Dezember 1833, § 5 Nr. 5). **Diese Unfähigkeit kann trotz des rechtsgültigen Zustandekommens des Schiedsvertrages in einem besonderen Prozesse gerügt werden.** Hat es sich in einem Vorprozeß der Parteien um das Bestehen eines gültig abgeschlossenen Schiedsvertrages gehandelt, und ist das rechtliche Bestehen eines solchen Vertrages vom Richter des Vorprozesses angenommen worden, so wird in diesem Prozeß zwar das rechtliche Bestehen eines zum Abschluß gelangten Schiedsvertrages als feststehend vorausgesetzt, aber ein richterlicher Ausspruch über die nach Abschluß des Schiedsvertrages eingetretene Unfähigkeit des vereinbarten Schiedsrichters verlangt. Hiernach haben beide Prozesse einen durchaus verschiedenen Gegenstand, und das Urtheil des Vorprozesses ist kein Hinderniß für diesen Rechtsstreit. Mag auch ein dem Kläger günstiger Erfolg in letzterem dahin führen, daß die vom Vorprozeßrichter zurückgewiesene, gerichtliche Klagerhebung demnächst zugelassen werden muß, so beruht diese Wirkung nicht auf der Identität des Gegenstandes beider Prozesse, sondern lediglich darauf, daß das Vorprozeßurtheil, wie überhaupt jedes Urtheil, nur rebus sic stantibus innerhalb des Rahmens des ihm zu Grunde liegenden Thatbestandes Geltung beanspruchen und durch den späteren Hinzutritt einer das betreffende Rechtsverhältniß beeinflussenden Thatsache in seiner Ausführung gehindert werden kann. Eine derartige Thatsache liegt aber dann vor, wenn ein die Unfähigkeit des vereinbarten Schiedsrichters aussprechendes Urtheil erlassen wird. Hiergegen läßt sich auch nicht einwenden, daß Kläger schon im Vorprozeß im Stande und verpflichtet gewesen wäre, die Unfähigkeit des Schiedsrichters in der Klage oder Replik vorzubringen. (R. G. 3. IV. 82.) A. V. (121.) 464—467.

3. **Aus Abs. 3 des § 858 ist nicht zu folgern, daß eine Verurtheilung ohne Aberkennung der Ehrenrechte gar nicht als Ablehnungsgrund geltend gemacht werden kann,** sondern nur soviel, daß in solchem Fall immer zu untersuchen ist, ob die Verurtheilung eine Besorgniß der Befangenheit begründet (§ 858 Abs. 1 und § 42 der C. P. O.). Hierfür kommt es nicht nur auf die Natur des betreffenden Delikts, sondern ganz besonders auch auf die konkrete Gestaltung des Falls an. Urtheil des O. L. G.'s zu Hamburg vom 30. April 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 169 S. 252.

§ 859. **§ 859.**

Der Schiedsvertrag tritt außer Kraft, sofern nicht für den betreffenden Fall durch eine Vereinbarung der Parteien Vorsorge getroffen ist;

1. wenn bestimmte Personen in dem Vertrage zu Schiedsrichtern ernannt sind und ein Schiedsrichter stirbt oder aus einem anderen Grunde wegfällt oder

Digitized by Google

die Uebernahme des Schiedsrichteramts verweigert oder von dem mit ihm geschlossenen Vertrage zurücktritt oder die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert;

§ 857.

2. wenn die Schiedsrichter den Parteien anzeigen, daß unter ihnen Stimmengleichheit sich ergeben habe.

§ 864.

Nr. 1. Der Schiedsvertrag tritt außer Kraft, wenn einer der in demselben ernannten Schiedsrichter nach der Abstimmung die Unterzeichnung des Schiedsspruches verweigert und vom Schiedsvertrage zurücktritt. Während § 857 C. P. O. für den Fall, daß ein nicht in dem Schiedsvertrage ernannter Schiedsrichter wegfällt oder die Uebernahme oder Ausführung des Schiedsvertrages verweigert, vorschreibt, daß an dessen Stelle ein anderer Schiedsrichter zu bestellen ist, tritt nach § 859 Nr. 1 C. P. O., wenn bestimmte Personen in dem Vertrage zu Schiedsrichtern ernannt sind und einer der obenerwähnten Fälle eintritt oder ein Schiedsrichter die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert, der Schiedsvertrag außer Kraft, sofern nicht für den betreffenden Fall durch eine Vereinbarung der Parteien Vorsorge getroffen ist. Dieser Vorschrift liegt die Auffassung zu Grunde, daß in dem in § 859 C. P. O. vorgesehenen Falle der Schiedsspruch nach dem Willen der Parteien nur durch die ernannten Schiedsrichter abgegeben werden solle und deßhalb von dem schiedsrichterlichen Verfahren abzusehen sei, wenn einer der Schiedsrichter die ihm zugedachte Aufgabe nicht erfüllen könne oder wolle. Soweit es sich um den Rücktritt eines Schiedsrichters von dem mit ihm geschlossenen Vertrage handelt, ist es aber, wie sowohl die allgemeine Fassung der darauf bezüglichen Vorschrift als die Gleichstellung „der ungebührlichen Verzögerung" deutlich erkennen läßt, für die Anwendung des § 859 C. P. O. gleichgültig, ob der zurückgetretene Schiedsrichter hierzu berechtigt war oder nicht. Die bloße Thatsache des Rücktrittes berechtigt die Parteien, den Schiedsvertrag als kraftlos anzusehen und sich nun an die Gerichte zu wenden. Für keine derselben besteht die Verpflichtung, gegen den Schiedsrichter, der sich der übernommenen Verpflichtung mit Unrecht entzieht, Klage zu erheben und auf diese Weise die Erfüllung der Verpflichtung zu erzwingen oder die Unausführbarkeit des Schiedsvertrages festzustellen. Die in § 859 C. P. O. enthaltene Vorschrift führt bei dieser Auffassung allerdings zu dem eigenthümlichen Ergebnisse, daß der überstimmte Schiedsrichter jederzeit das Zustandekommen eines rechtswirksamen Schiedsspruches verhindern kann, indem er entweder ausdrücklich von dem mit ihm geschlossenen Vertrage zurücktritt oder die Unterschrift verweigert. Einem solchen Verfahren gegenüber hat die dadurch betroffene Partei, soweit es sich um das Verhältniß zum Gegner handelt, kein Schutzmittel, da sie diesen zur Fortsetzung des schiedsrichterlichen Verfahrens, bezw. zur Bestellung eines anderen Schiedsrichters, nicht nöthigen kann. Aber diese Eigenthümlichkeit ergibt sich mit Nothwendigkeit aus den Vorschriften der §§ 859. 865 C. P. O. (Vgl. hierzu die Kommentare zu §§ 857. 859 C. P. O.; ferner Dernburg, Preuß. Privatr. Bd. 1 §§ 142. 143 S. 338. 342; Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht Bd. 1 § 49a S. 244. 245 Text und Anm. 16.) Wollen die Parteien sich der erwähnten Gefahr

Digitized by Google

nicht aussetzen, so dürfen sie die Schiedsrichter nicht im Schiedsvertrage ernennen oder müssen für den Fall des Rücktrittes eines Schiedsrichters besondere Bestimmungen treffen. (R. G. 13. V. 87.) R. C. XVIII. (79.) 370—372.

2. Verfahren vor dem Schiedsgericht.

§ 860. **§ 860.**

Die Schiedsrichter haben vor Erlassung des Schiedsspruchs die Parteien zu hören und das dem Streite zu Grunde liegende Sachverhältniß zu ermitteln, soweit sie die Ermittelung für erforderlich erachten.

In Ermangelung einer Vereinbarung der Parteien über das Verfahren wird dasselbe von den Schiedsrichtern nach freiem Ermessen bestimmt.

Wenn vor dem 1. Oktober 1879 ein Kompromiß vereinbart, auch das Schiedsgericht gebildet wird, das schiedsrichterliche Verfahren eröffnet, aber erst nach dem 1. Oktober 1879 der Schiedsspruch ergangen ist, so ist das schiedsrichterliche Verfahren, namentlich die Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen den Schiedsspruch, sowie die Frist zur Einlegung eines solchen Rechtsmittels nach den vor dem 1. Oktober 1879 geltenden Gesetzen, nicht aber nach den Bestimmungen im zehnten Buche der Reichs-Civilprozeßordnung (§§ 860 ff.) zu beurtheilen. (R. G. 21. X. 85.) R. C. XV. (93.) 357.

§ 861. **§ 861.**

Die Schiedsrichter können Zeugen und Sachverständige vernehmen, welche freiwillig vor ihnen erscheinen.

Zur Beeidigung eines Zeugen oder eines Sachverständigen und zur Abnahme eines Parteieides sind die Schiedsrichter nicht befugt.

§§ 391, 324 Nr. 4, 427, 392.

§ 862. **§ 862.**

Eine von den Schiedsrichtern für erforderlich erachtete richterliche Handlung, zu deren Vornahme dieselben nicht befugt sind, ist auf Antrag einer Partei, sofern der Antrag für zulässig erachtet wird, von dem zuständigen Gerichte vorzunehmen.

Dem Gerichte, welches die Vernehmung oder Beeidigung eines Zeugen oder eines Sachverständigen angeordnet hat, stehen auch die Entscheidungen zu, welche im Falle der Verweigerung des Zeugnisses oder des Gutachtens erforderlich werden.

§§ 871, 74 Ger. K. G. § 34 Nr. 3. R. A. G. O. § 22.

§ 863. **§ 863.**

Die Schiedsrichter können das Verfahren fortsetzen und den Schiedsspruch erlassen, auch wenn die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens behauptet, insbesondere wenn geltend gemacht wird, daß ein rechtsgültiger Schiedsvertrag nicht bestehe, daß der Schiedsvertrag sich auf den zu entscheidenden Streit nicht beziehe oder daß ein Schiedsrichter zu den schiedsrichterlichen Verrichtungen nicht befugt sei,

§ 859 Nr. 2.

Die schiedsrichterliche Aufgabe besteht in der Entscheidung des Rechtsstreites der Parteien, dagegen nicht in der Entscheidung über die entstandene Streitfrage, ob ein bestimmter Rechtsstreit überhaupt nicht durch Schiedsgericht oder (wegen Befangenheit eines Schiedsrichters) nicht durch das Schiedsgericht in seiner vorliegenden Zusammensetzung entschieden werden dürfe. — Um Verzögerungen zu verhüten, hat das Gesetz trotzdem im § 863 C. P. O. bestimmt, daß diejenigen Personen, welche thatsächlich in Thätigkeit getreten sind (im Falle des Bestrittenwerdens der Zulässigkeit ihres schiedsrichterlichen Verfahrens, insbesondere auch dieses Bestrittenwerdens

Digitized by Google

aus dem Grunde, daß einem Schiedsrichter die Qualifikation zu den schiedsrichterlichen Verrichtungen mangele), das Verfahren fortsetzen und einen Schiedsspruch erlassen können. Sind diese Personen redlich und verständig, so werden dieselben sich natürlich zu einem solchen Verhalten nur dann entschließen, wenn sie die Ueberzeugung gewonnen haben, daß der gegen ihr Funktioniren erhobene Widerspruch nicht begründet sei. Unbenommen ist es jenen Personen, wenn sie sich zu einem solchen Verhalten entschlossen haben, diesen Entschluß, unter Motivirung desselben, sei es nun in den Gründen des gefällten Schiedsspruchs, sei es in Gestalt eines schon vorher den Parteien mitgetheilten Beschlusses auszusprechen. Eine solche Entschließung jener Personen, beziehungsweise der urkundliche Ausdruck der Entschließung (mag letzterer auch etwa inkorrekt als Schiedsspruch über Präjudizial-Einreden bezeichnet sein), hat gar keine Entscheidungskraft. Ob der nach dem gekennzeichneten Widerspruche gefällte anzeigliche Schiedsspruch über den Rechtsstreit der Parteien im Sinne Rechtens wirklich als Schiedsspruch zu gelten habe, hängt lediglich von der Entscheidung des zuständigen ordentlichen Gerichtes ab, welches zur Entscheidung des Streites über das Bestehen oder den Mangel der Voraussetzungen der Zulässigkeit und Rechtswirksamkeit des realisirten, angeblich schiedsrichterlichen Verfahrens (beziehungsweise Schiedsspruches) im Wege der Klage gemäß §§ 867. 869. 870. 871 C. P. O. angegangen, oder (auch ohne vorgängige Erhebung einer solchen Klage) im Falle des Antrages, die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem gefällten Schiedsspruche durch Vollstreckungsurtheil auszusprechen, gemäß § 868 C. P. O. veranlaßt ist. (S. noch § 858 ad R. C. XIII. (89.) 350—352.) — (R. G. 7. II. 85.) R. C. XIII. (89.) 349. 350.

Schiedsspruch.

§ 864.

§ 864.

Ist der Schiedsspruch von mehreren Schiedsrichtern zu erlassen, so ist die absolute Mehrheit der Stimmen entscheidend, sofern nicht der Schiedsvertrag ein Anderes bestimmt.

§ 871 Abs. 2. G. V. G. § 198.

§ 865.

§ 865.

Der Schiedsspruch ist unter Angabe des Tages der Abfassung von den Schiedsrichtern zu unterschreiben, den Parteien in einer von den Schiedsrichtern unterschriebenen Ausfertigung zuzustellen und unter Beifügung der Beurkundung der Zustellung auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts niederzulegen.

1. Ein rechtswirksamer Schiedsspruch, der unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urtheiles hat (§ 866 C. P. O.), liegt nur dann vor, wenn den Vorschriften in § 865 dieses Gesetzbuches genügt worden ist. Insbesondere wird hierzu vorausgesetzt, daß alle Schiedsrichter den Schiedsspruch unterschrieben haben. Weigert sich ein Schiedsrichter, dies zu thun, so kann dessen Unterschrift nicht durch eine diesen Umstand feststellende Erklärung der übrigen Schiedsrichter ersetzt werden. Vielmehr fehlt dem Schiedsspruche, solange der Vorschrift des § 865 a. a. O. nicht genügt worden ist, die verbindliche Kraft und kann deßhalb weder dessen Vollstreckbarerklärung verlangt, noch im Wege der

Digitized by Google

Einrede geltend gemacht werden, es liege eine die Parteien bindende Entscheidung vor. Eine Vorschrift, wie sie Art. 1016 Abs. 2 des französischen Code de procédure für den Fall enthält, daß sich die Minderheit der Schiedsrichter weigert, den Schiedsspruch zu unterzeichnen, kennt die Civilprozeßordnung nicht, und die Vorschrift des § 286 Abs. 2 dieses Gesetzbuches, welche für den Fall Vorsorge trifft, daß ein Richter verhindert ist, einem Urtheile seine Unterschrift beizufügen, gilt nur für gerichtliche Urtheile, nicht für das schiedsrichterliche Verfahren. Auch ist eine analoge Anwendung derselben mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 865 C. P. O. ausgeschlossen. (Vgl. hierzu die Kommentare zu § 865 C. P. O.; ferner Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 5 S. 397 ff.; Bolze, Praxis des R. G.'s Bd. 2 S. 491; Zeitschr. für den Civilprozeß Bd. 7 S. 116; Archiv f. civil. Praxis Bd. 69 S. 338. 411.) (R. G. 13. V. 87.) R. C. XVIII. (79.) 370.

2. **Der Richter ist befugt, zu prüfen, ob ein formell perfekter Schiedsspruch vorliegt.** Hierfür ist § 865 C. P. O. maßgebend. Derselbe enthält drei Bestimmungen: 1) **Der Schiedsspruch ist unter Angabe des Tages der Abfassung von den Schiedsrichtern zu unterschreiben.** Diese Bestimmung, welche implicite schriftliche Redaktion des Schiedsspruches vorschreibt, ist zweifellos. 2) Dies gilt auch von der weiteren Bestimmung insofern, als **jeder der Parteien eine von den Schiedsrichtern unterschriebene Ausfertigung des Schiedsspruches zuzustellen** ist. Es kann aber, wenn man lediglich den Wortlaut der Bestimmung in's Auge faßt, darüber Zweifel entstehen, ob die im ersten Satze enthaltenen Worte: „von den Schiedsrichtern" auch in den zweiten hinüberzuziehen sind, ob also ausgesprochen ist, die Zustellung habe durch die Schiedsrichter zu erfolgen, oder ob über die Person des die Zustellung Bewirkenden nichts ausdrücklich bestimmt ist. Für die letztere Auffassung könnte man allenfalls geltend machen, daß es der üblichen Ausdrucksweise mehr entsprochen haben würde, wenn im zweiten Satze bei der Bestimmung, daß die zuzustellende Ausfertigung von den Schiedsrichtern unterschrieben sein müsse, statt der Worte „von den Schiedsrichtern" eine pronominale Bezeichnung gewählt, der Satz selbst etwa so aufgefaßt worden sei: „eine von ihnen unterschriebene Ausfertigung den Parteien zuzustellen". Allein der Annahme, es sei die Zustellung durch die Partei vorgeschrieben oder doch als zulässig erklärt, steht die Fassung: „den Parteien zuzustellen" entgegen. Hierunter kann die Zustellung der einen Partei an die andere nicht verstanden werden, sondern nur die Zustellung von Seiten eines Dritten, als nothwendig von Seiten der Schiedsrichter. Die gleiche Fassung findet sich im § 294 Abs. 3 C. P. O., wo die Zustellung nicht verkündeter Verfügungen des Gerichtes angeordnet ist; nur konnten die dort gebrauchten Worte: „von Amts wegen" von der durch die Schiedsrichter erfolgenden Zustellung nicht gebraucht werden. 3) Das Original des Schiedsspruches (der „Schiedsspruch" im Gegensatz zu der „Ausfertigung") befindet sich in der Hand der Schiedsrichter. **Wenn daher der dritte Satz des § 865 dessen Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei anordnet, so kann darunter nur eine von den Schiedsrichtern ausgehende Thätigkeit verstanden werden.** Das Gleiche muß dann aber auch von der Beifügung der Beurkundung der Zustellung der Ausfertigung an die Parteien gelten, und

Digitized by Google

damit ist anerkannt, daß diese Beurkundung sich in der Hand der Schiedsrichter befinde, die Zustellung also von ihnen auszugehen hatte. Diese Auffassung des § 865 findet sich auch in den Kommentaren von Struckmann und Koch, von Endemann, von Petersen, von Puchelt, von Wilmowsky angenommen. Der von Seuffert und von Sarwey, von letzterem nur als zweifelhaft („wohl auch") aufgestellte Satz, daß die Zustellung auch von der Partei bewirkt werden könne, ist nicht mit Gründen unterstützt. Es ergibt sich aber auch aus inneren Gründen, daß in § 865 nur eine Zustellung durch die Schiedsrichter gemeint sein kann. Der Schiedsspruch ist, wie das richterliche Urtheil, kein Vorgang im Innern des Gerichtes, keine Entschließung, sondern eine Aeußerung, eine Erklärung. Der „Spruch" muß begrifflich von dem Schiedsrichter an Diejenigen, für welche er maßgebend sein soll, gerichtet sein. Es muß aber auch dem um Erlaß eines Vollstreckungsurtheils angegangenen Richter mit völliger Sicherheit dargethan sein, daß der Spruch gegenüber den Parteien erfolgt ist. Dazu genügt die Unterschrift der schriftlich redigirten Entscheidung allein nicht. An sich würde eine formelle mündliche Erklärung, die „Verkündung", dazu geeignet sein. Allein während eine solche für richterliche Urtheile als zweckmäßig anerkannt wurde, erschien sie wegen des Mangels einer festen und einheitlichen Organisation des schiedsrichterlichen Verfahrens für Schiedssprüche ungeeignet. Der Gesetzgeber substituirte derselben die schriftliche Mittheilung des Schiedsspruches durch Zustellung an die Parteien. Um aber eine Erklärung der Schiedsrichter zu sein, muß die Zustellung von diesen ausgehen. Diesen Bestimmungen entspricht nun aber auch die weitere, daß die Belege über die den Parteien gemachte Mittheilung dem zum Erlasse des Vollstreckungsurtheiles kompetenten Gerichte von den Schiedsrichtern zu übergeben sind. (R. G. 5. XI. 81.) R. C. V. (114.) 400—402.

3. **Die Zustellung einer Abschrift des Schiedsspruches genügt nicht. Nach § 865 C. P. O. muß eine Ausfertigung zugestellt werden.** (R. G. 29. IV. 85.) R. C. XIII. (119.) 431.

4. Nach § 865 der C. P. O. muß eine Ausfertigung zugestellt werden. **Allein die Nachholung in der Berufungsinstanz genügt, da diese ein novum judicium ist.** (R. G. 29. IV. 85.) U. u. A. II. (105.) 213.

5. Nach der Terminologie der Civilprozeßordnung wird unter „Partei" sowohl die Person der Partei, als auch, wo und soweit eine Vertretung möglich ist, der Vertreter dieser Person verstanden. **Die im § 865 C. P. O. angeordnete Zustellung der Ausfertigung des Schiedsspruches an die Partei kann daher wirksam auch an den im schiedsgerichtlichen Verfahren bestellten Parteivertreter erfolgen.** (R. G. 29. IV. 85.) R. C. XIII. (119.) 431. U. u. A. II. (105.) 213.

§ 866.

§ 866.

Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urtheils.

1. **Der Schiedsspruch steht dem richterlichen Urtheile nicht vollständig gleich, ersetzt es nicht in jeder Beziehung.** (R. G. 28. XI. 82.) S. hierüber bei § 247 Ziff. 1 ad R. C. VIII. (79.) 348. 349.

2. **Rechtsmittel gegen Schiedssprüche sind unzulässig.** Nach § 866 der

Digitized by Google

C. P. O. hat der Schiedsspruch unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urtheils, und wenn in den im § 867 aufgezählten Fällen ein Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs gestellt werden kann, so hat dies nicht auf dem Wege eines Rechtsmittels, sondern nach den §§ 870, 871 auf dem Wege einer bei dem vertragsmäßig oder gesetzlich zuständigen Erstinstanzgericht zu erhebenden Klage zu geschehen. Damit ist für den größten Theil des deutschen Rechtsgebiets mit dem 1. Oktober 1879 neues Recht geschaffen worden. Nach den Vorschriften der preuß. A. G. O. (Thl. I Tit. 2 §§ 173—175) und des Code de proc. civ. (art. 1010, 1023) war, bezw. ist gegen den Schiedsspruch die Appellation oder die Berufung wie in den bei Gericht anhängig gemachten Rechtsstreitigkeiten zulässig, sofern sie nicht durch den Schiedsvertrag ausgeschlossen ist. Auf der anderen Seite bestimmte die bayer. P. O. Art. 1340, die Berufung gegen ein schiedsgerichtliches Urtheil finde nur statt, wenn die Parteien dies im Schiedsvertrag vorbehalten haben und das Rechtsmittel auch bei Entscheidung der Sache durch die gewöhnlichen Gerichte zulässig gewesen wäre, und in Uebereinstimmung hiermit schrieb die badische P. O. im § 1080 vor, daß Appellation gegen schiedsgerichtliche Urtheile nur zulässig sei, wenn die Parteien im Schiedsvertrage sie vorbehalten haben. Allein bei der Schaffung der Reichs-Civilprozeßordnung ging man davon aus, daß durch die Gewährung von Rechtsmitteln gegen Schiedssprüche der eigenartige Werth der letzteren in einer dem Institut der Schiedsgerichte zuwiderlaufenden Weise gefährdet und in Frage gestellt würde und daß, wenn auch die Berufung gegen Schiedssprüche dem Rechtsmittelsystem des Entwurfs ohne erhebliche Uebelstände anzupassen wäre, doch eine solche Anpassung für das Rechtsmittel der Revision eine Unmöglichkeit sei. Dies führte zu dem Ergebniß, daß ein Rechtsmittel gegen den Schiedsspruch weder als Regel, noch wegen eines Vorbehalts der Parteien als Ausnahme zugelassen wurde: Motive zum § 776 des Entwurfes von 1871, zum § 794 des Entwurfs von 1872, zum § 867 des Entwurfs von 1874, welche Auffassung bei den folgenden gesetzgeberischen Verhandlungen jeweils stillschweigende Billigung fand. Damit ist der Satz, daß die Anfechtbarkeit eines Schiedsspruchs mit den gegen richterliche Urtheile statthaften Rechtsmitteln der auf endgültige Erledigung des Streits gerichteten vergleichsähnlichen Natur des Schiedsvertrags widerstreite (Entsch. des R. O. H. G. Bd. 2 S. 165), zum gesetzlichen Ausdruck gelangt, und es besteht über seine in der absoluten Unzulässigkeit von Rechtsmitteln gegen Schiedssprüche liegende Bedeutung unter den Kommentatoren der C. P. O. keinerlei Zweifel. (Struckmann u. Koch § 866 Anm.; Puchelt § 860 Anm. 4, 5, § 867 Anm. 3; Seuffert § 860 Anm. 2 am Schlusse; Petersen § 860 ff. Ziff. 1; Endemann § 866; Wilmowsky u. Levy § 866 Anm. 1; Schilling, Lehrbuch des deutschen Civilprozesses S. 449.) Die mit dem Vorbehalt der Appellation vor der Gesetzeskraft der R. C. P. O. geschlossenen Schiedsverträge können bei der absoluten Geltung des Prozeßrechts nicht mehr zur Ausführung gelangen, weil die C. P. O. keine Instanz für Rechtsmittel gegen Schiedssprüche schuf und eine solche durch den Privatwillen der Parteien nicht organisirt zu werden vermag. Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe vom 27. September 1881. S. A. Bd. 37 bezw. 7 Nr. 176 S. 250. 251.

Digitized by Google

3. **Wenn in einem nach Einführung der Civilprozeßordnung abgeschlossenen Vertrage von den „gesetzlichen" Rechtsmitteln gegen den Schiedsspruch die Rede ist**, so kann dies entweder nur von denjenigen Rechtsmitteln, welche die Civilprozeßordnung gewährt, verstanden werden, oder die Bestimmung muß so aufgefaßt werden, daß Rechtsmittel, insofern und insoweit die Civilprozeßordnung solche gewährt, vorbehalten werden. Beide Auffassungen führen zu dem gleichen Resultate. Nach der ersteren würde allerdings der Rechtsbehelf des § 867 C. P. O. als Rechtsmittel bezeichnet sein, allein darin würde nur eine bedeutungslose Inkorrektheit des Ausdruckes zu finden sein. (R. G. 29. IV. 85.) R. C. XIII. (119.) 430. 431.

4. **Auslegung der Worte: „Gegen den Schiedsspruch finden die gesetzlichen Rechtsmittel statt" in einer Polize.** (R. G. 29. IV. 85.) U. u. A. II. (105.) 211.

3. Aufhebung des Schiedsspruches. Vollstreckungsurtheil.

§ 867.

§ 867.

Die Aufhebung des Schiedsspruchs kann beantragt werden:

1. wenn das Verfahren unzulässig war;
   §§ 852, 854—857, 859.
2. wenn der Schiedsspruch einer Partei zu einer Handlung verurtheilt, deren Vornahme verboten ist;
   § 661 Nr. 2.
3. wenn die Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat;
   §§ 513 Nr. 5, 542 Nr. 4.
4. wenn der Partei in dem Verfahren das rechtliche Gehör nicht gewährt war;
   § 860 Abs. 1.
5. wenn der Schiedsspruch nicht mit Gründen versehen ist;
   § 513 Nr. 7.
6. wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen in den Fällen der Nr. 1 bis 6 des § 543 die Restitutionsklage stattfindet.

Die Aufhebung des Schiedsspruchs findet aus den unter Nr. 4, 5 erwähnten Gründen nicht statt, wenn die Parteien ein Anderes vereinbart haben.

1. **Ziff. 1.** Der ordentliche Richter hat selbständig zu untersuchen, ob das schiedsrichterliche Verfahren zulässig war. Bei dieser selbständigen Untersuchung ist er jedoch insofern und insoweit beschränkt, als für die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens eine rechtliche Thatsache geltend gemacht wird, welche in erster Linie für das nach dem Schiedsvertrag der schiedsrichterlichen Beurtheilung unterliegende Rechtsverhältniß und erst in zweiter Linie und folgeweise für die Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens bedeutsam ist; denn darüber, ob eine solche Thatsache vorliege, hat ja gerade nach dem Willen der Parteien die Kognition dem ordentlichen Richter entzogen werden sollen, und das Gesetz hat den hierauf gerichteten Privatwillen als rechtswirksam anerkannt. (R. G. 16. I. 84.) A. IX. (113.) 449—451.

2. **Dem Revisionsgerichte steht darüber, ob ein Schiedsspruch alle dem Schiedsgerichte zur Entscheidung vorgelegten Streitpunkte umfasse, eine freie**

Digitized by Google

Prüfung nicht zu. Dasselbe ist vielmehr an die Feststellung des Berufungsgerichtes, daß eine Unvollständigkeit des Schiedsspruches nicht vorhanden sei, gebunden. Daraus, daß der Revisionsrichter im Falle der Geltendmachung der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache an die Auslegung, welche der Berufungsrichter dem früheren Urtheile gegeben hat, nicht gebunden ist, vielmehr den Sinn und die Tragweite dieses Urtheils frei zu prüfen und festzustellen hat (vgl. Entsch. des R. G.'s in Civils. Bd. 7 S. 351), folgt nicht, daß ihm die gleiche Befugniß zusteht, wenn es sich um die Frage handelt, ob ein Schiedsspruch vollständig oder unvollständig sei. Denn wenn auch nach § 866 C. P. O. der Schiedsspruch unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen Urtheiles hat, so bestehen doch zwischen einem gerichtlichen Urtheile und einem Schiedsspruche erhebliche Unterschiede, und es treffen die Gründe, welche bestimmend gewesen sind, dem Revisionsrichter bei der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache die freie Prüfung des Sinnes und der Bedeutung des früheren Urtheiles zu gewähren, nicht zu, wenn es sich darum handelt, ob in einem ergangenen Schiedsspruche alle dem Schiedsgerichte vorgelegten Fragen entschieden sind. (R. G. 26. I. 83.) R. C. VIII. (113.) 378. 379.

3. **Ein schiedsrichterliches Verfahren ist unzulässig, wenn und insoweit es sich auf Streitpunkte erstreckt, welche dem Schiedsgerichte zur Entscheidung nicht vorgelegt worden waren.** Bei Beantwortung der Frage, welche Streitpunkte dem Schiedsgerichte zur Entscheidung vorgelegt wurden, ist aber nicht lediglich der Inhalt der schriftlichen Anträge der Parteien maßgebend, es ist vielmehr das ganze Sach- und Streitverhältniß, wie es sich als das Ergebniß der Verhandlung vor dem Schiedsgerichte gestaltet hat, zu berücksichtigen. In dieser Beziehung ist aber dem von den Schiedsrichtern über die stattgehabten Verhandlungen aufgenommenen Protokolle nicht die Bedeutung eines voll beweisenden gerichtlichen Protokolles beizulegen. Allein dem Protokolle ist auch keineswegs jede Bedeutung abzusprechen, wenn es sich darum handelt, zu konstatiren, welche Streitpunkte vor dem Schiedsgerichte verhandelt sind. Ergibt sich aus dem über die Verhandlungen vor dem Schiedsgerichte aufgenommenen Protokolle, daß über eine Streitfrage, welche in dem Schiedsspruche entschieden ist, verhandelt worden, so kann die bloße Behauptung einer Partei, es sei diese Frage dem Schiedsgerichte nicht vorgelegt oder in den vor Beginn der Verhandlungen schriftlich formulirten Fragen nicht enthalten, zur Anfechtung des Schiedsspruchs nicht für geeignet gehalten werden. (R. G. 26. I. 83.) R. C. VIII. (113.) 379.

4. **Ziff. 3 u. 4. Der § 867 Nr. 3 u. 4 erleidet keine analoge Anwendung auf § 542 Nr. 4.** (R. G. 10. VI. 82.) R. C. VII. (110.) 362.

5. **Ziff. 5.** Der § 867 Ziff. 5 C. P. O. kann, soviel die an das Maß und den Umfang der Entscheidungsgründe zu erhebenden Ansprüche betrifft, keineswegs in gleicher Weise wie der § 513 Ziff. 7 der C. P. O. beurtheilt werden. Es folgt dies schon aus der verschiedenen Fassung beider Bestimmungen. Während der § 513 Ziff. 7 dahin lautet: „wenn die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist“ (und auf den Gebrauch des Worts „Entscheidung“ im Gegensatz zu dem Wort „Urtheil“ wird sowohl in den Motiven S. 324 wie in dem Urtheil des R. G.

Digitized by Google

Bd. 3 S. 388 ff. (mitgetheilt in Seuffert, Archiv Bd. 36 Nr. 312) besonderer Nachdruck gelegt), lautet der § 867 Ziff. 5 einfach: „wenn der Schiedsspruch" (welcher Ausdruck dem Ausdruck „Urtheil" bei gerichtlichen Entscheidungen entspricht) nicht mit Gründen versehen ist. **Eine eingehende Darlegung seiner Beurtheilung in Betreff aller einzelnen Angriffs- und Vertheidigungsmittel der Parteien kann daher von den seitens des Schiedsgerichts zu gebenden Entscheidungsgründen nicht beansprucht werden** (vgl. v. Wilmowsky u. Levy, Komm. zur C. P. O. 3. Aufl. S. 1008). Freilich dürfen auch bei dem Schiedsspruch die Entscheidungsgründe sich nicht als bloße Redensarten darstellen. Urtheil des O. L. G. zu Hamburg vom 26. Mai 1884. S. A. Bd. 40 bezw. 10 Nr. 267 S. 383.

§ 868.

§ 868.

Aus dem Schiedsspruche findet die Zwangsvollstreckung nur statt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurtheil ausgesprochen ist.

Das Vollstreckungsurtheil ist nicht zu erlassen, wenn ein Grund vorliegt, aus welchem die Aufhebung des Schiedsspruchs beantragt werden kann.

Ger. K. G. § 26 Nr. 8. R. A. G. O. § 20.

1. **Der Schiedsspruch steht dem richterlichen Urtheile nicht vollständig gleich, ersetzt es nicht in jeder Beziehung.** (R. G. 28. XI. 82.) S. hierüber bei § 247 Ziff. 1 ad R. C. VIII. (97.) 348. 349.

2. **Befugniß der Gerichte, die Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens zu prüfen, und die Grenzen dieser Befugniß.** (R. G. 16. I. 84.) S. hierüber bei § 867 Nr. 1 ad A. IX. (113.) 449—451.

3. Die Bestimmungen des zehnten Buches der Civilprozeßordnung über das schiedsrichterliche Verfahren gipfeln in der Vorschrift über die rechtliche Wirksamkeit des Schiedsspruches. Nach §§ 866. 868 kann aus dem Schiedsspruche ein Vollstreckungsurtheil beantragt werden. **„Aus dem Schiedsspruche"**, das heißt aus einem solchen Schiedsspruche, welcher nach den Bestimmungen des Gesetzbuches, wie sie in den §§ 851—864, aber auch namentlich in § 867 enthalten sind, ergangen ist. Das Gesetz läßt unberücksichtigt, wo der Schiedsvertrag abgeschlossen und wo der Schiedsspruch erfolgt ist, deßgleichen welcher Nationalität die Parteien und die Schiedsrichter angehört haben. Hieraus kann zwar nicht abgeleitet werden, daß das Gesetz die allgemeinen Bestimmungen über Statutenkollision aufheben, insbesondere also feststellen wolle, daß, wenn ein Schiedsspruch gemäß den Bestimmungen des Gesetzbuches zu Stande gekommen ist, aus demselben unbedingt ein Vollstreckungsurtheil beantragt werden könne, also auch dann, wenn diese Bestimmungen dem für das fragliche Rechtsverhältniß maßgebenden fremden Rechte zuwiderlaufen. Ebensowenig ist ausgesprochen worden, daß aus einem Schiedsspruche, welcher den im Gesetzbuch aufgestellten Grundsätzen nicht entspricht, überhaupt kein Rechtsanspruch geltend gemacht werden könne. Allein soweit es sich um die Vollstreckbarkeit eines Schiedsspruchs handelt, wird die Ausschließlichkeit jener Bestimmungen allerdings anerkannt. **Der Sinn des Gesetzes ist der, daß, wenn ein Schiedsspruch den Bestimmungen der Civilprozeßordnung gemäß rechtmäßig erfolgt ist, die Anerkennung der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus demselben durch ein Vollstreckungsurtheil beantragt werden kann, daß das Vollstreckungsurtheil aber auch nur**

Digitized by Google

unter dieser Voraussetzung ergehen darf. Diese Bestimmung hat mit der des § 660 C. P. O. nur das Gemeinsame, daß Schiedssprüche im Allgemeinen ebenso wie ausländische Urtheile nicht sofort vollstreckbar sind, sondern daß erst ein Urtheil die Zulässigkeit der Vollstreckbarkeit aussprechen muß. Dagegen stehen im Uebrigen die Bestimmungen in keiner Beziehung zu einander. Es fehlt an jedem Grunde dafür, die Bestimmungen darüber, unter welchen Voraussetzungen die Vollstreckbarkeit ausländischen Erkenntnissen zu versagen ist, auf die im Auslande ergangenen Schiedssprüche anzuwenden. (Vgl. Entsch. des R. O. H. G.'s Bd. 10 Nr. 91 S. 394; Bd. 17 Nr. 102 S. 427; Foelix, droit international t. 2 Nr. 424 ff.; Bar, Das internationale Privat- und Strafrecht § 126; Struckmann und Koch, Kommentar zur Civilprozeßordnung zu § 868 Anmerkung 1.) Es ist hierbei einerlei, ob die Schiedsrichter von den Parteien direkt gewählt worden sind, oder ob die Parteien auf die Entscheidung durch solche Personen kompromittirt haben, welche von Vereinen oder Berufsklassen an einzelnen Orten zu dem Zwecke gewählt worden sind, um als geeignete Schiedsrichter für gewisse Arten von Streitigkeiten angerufen werden zu können; denn, auch wenn der Spruch von einem solchen schiedsrichterlichen Institut ausgeht, so beruht seine Wirksamkeit doch lediglich auf dem Schiedsvertrage, also auf dem Willen der Parteien. Ebenso ist es gleichgültig, ob ein Schiedsspruch bereits im Auslande exekutorische Kraft erlangt hat, denn dadurch wird er nicht selbst zum Urtheil. Die ausländische Vollstreckbarkeitserklärung selbst aber ist für das Inland bedeutungslos. (R. G. 5. XI. 81.) R. C. V. (114.) 398—400.

4. Schiedssprüche und Urtheile ausländischer Gerichte unterscheiden sich von den Urtheilen der inländischen Gerichte nur dadurch, daß letztere auf einseitigen Antrag mit der Vollstreckungsklausel zu versehen sind, während für jene beiden die Erwirkung eines Vollstreckungsurtheils im kontradiktorischen Verfahren vorgeschrieben ist (Wilmowsky u. Levy, Komm. zu § 868). **Daraus folgt, daß ein Schiedsspruch nebst Vollstreckungsurtheil einem inländischen mit der Vollstreckungsklausel versehenen Urtheil an sich gleichsteht.** Für letzteres aber besteht der Grundsatz des § 686, daß Einwendungen, welche den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst betreffen, nach eingeleitetem Vollstreckungsverfahren von dem Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozeßgericht erster Instanz geltend zu machen sind; dieser Grundsatz hätte demgemäß auch für die Schiedssprüche mit Vollstreckungsurtheil Platz zu greifen. Nun ist allerdings nach der Ansicht der Kommentatoren (vgl. Seuffert, Struckmann u. Koch, Wilmowsky u. Levy, Petersen, Sarwey, Puchelt) der § 868 Abs. 2 nicht restriktiv aufzufassen, es kann vielmehr der auf Vollstreckungsurtheil Beklagte sich gegen Erlassung des Vollstreckungsurtheils auch der nach § 686 noch im Vollstreckungsverfahren zulässigen, den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen nicht schon in dem Verfahren auf Erlassung des Vollstreckungsurtheils bedienen; er kann vielmehr mit diesen Einwendungen bis zum Vollstreckungsverfahren zuwarten, weil die Rechtslage des Schuldners gegenüber einem mit Vollstreckungsurtheil versehenen Schiedsspruch die gleiche ist, wie gegenüber einem mit Vollstreckungsklausel versehenen gerichtlichen Urtheil und die C. P. O. keinen Anhaltspunkt

Digitized by Google

für die verschiedenartige Behandlung mit dem Charakter einer zwingenden Maßregel bildet. Trotz der Möglichkeit, die **Einwendungen des § 686** auch im Rahmen des § 868 der C. P. O. geltend zu machen, behalten dieselben, weil sie an sich auf den Weg der Klage verwiesen sind, den Charakter eines Anspruchs im Gegensatz zu den Angriffs- und Vertheidigungsmitteln. Neue Ansprüche im Sinn des § 491 Abs. 2 sind die in erster Instanz nicht erhobenen; erhoben ist der Anspruch, wenn er der Gegenstand eines in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrages, bezw. einer Einrede geworden ist, und dies gilt, wie Seuffert zu § 491 2. Aufl. Anm. 2 Abs. 3 hervorhebt, in dem Umfang, daß Ansprüche, die in erster Instanz erhoben waren, jedoch aus irgend welchem Grund zurückgezogen wurden, neue Ansprüche im Sinn des § 491 sind. Urtheil des O. L. G. zu Karlsruhe vom 14. November 1882. S. A. Bd. 39 bezw. 9 Nr. 175 S. 248—250. S. hierüber noch bei § 686 eodem.

5. **Das Vollstreckungsurtheil zu einem Schiedsspruche ist auch dann zu erlassen, wenn der Schiedsspruch zu Vollstreckungshandlungen keinen Anlaß bietet.** Nach den Worten des § 868 Abs. 1 C. P. O. scheint zwar die „Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung", somit die thatsächliche Ausführbarkeit derselben, eine Voraussetzung des Vollstreckungsurtheiles bilden zu sollen. Das ist jedoch nicht der Sinn des Gesetzes. Vielmehr erfordert die Civilprozeßordnung den Erlaß des Vollstreckungsurtheiles für jeden Schiedsspruch, wenn er die vollen Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urtheils haben soll, er mag nun Vollstreckungshandlungen an sich ziehen oder nicht. „Vollstreckbar" sind auch rechtskräftige richterliche Urtheile, welche nur das Bestehen eines Rechtsverhältnisses feststellen (§ 231 C. P. O.) oder eine Partei zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilen (§ 779 C. P. O.) oder die Klage abweisen, obwohl daraus keine eigentliche Zwangsvollstreckung stattfindet. Der Ausdruck „vollstreckbar", den die Civilprozeßordnung vom Urtheile braucht, bedeutet nicht soviel, wie „vollstreckungsfähig", sondern kennzeichnet nur das Urtheil als gültig, rechtswirksam, unanfechtbar. Zum Belege dessen darf auf § 648 a. a. O. verwiesen werden. Hiernach sind auch ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären: 1) Urtheile, welche auf Grund eines Anerkenntnisses verurtheilen oder 2) den Eintritt der in einem bedingten Endurtheile ausgedrückten Folgen aussprechen, 3) ein weiteres, in derselben Instanz gegen dieselbe Partei erlassenes Versäumnißurtheil, 4) Urtheile im Urkunden- oder Wechselprozesse, 5) Urtheile, welche Arreste oder einstweilige Verfügungen aufheben. In den Fällen unter 1. 2. 3 kann die Feststellung eines Rechtsverhältnisses oder die Verurtheilung zu Abgabe einer Willenserklärung, in den Fällen unter 2 bis 5 können Klagabweisungen, demnach Urtheile vorliegen, welche Vollstreckungshandlungen nicht zur Folge haben. Dennoch ist die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils anzuordnen. Außerdem werden vollstreckbare Ausfertigungen eines Urtheils, d. i. Urkunden des Gerichtsschreibers, welche dem Urtheile die Vollstreckungsklausel beifügen, also besagen: die Ausfertigung wird „zum Zwecke der Zwangsvollstreckung" ertheilt (§ 663 C. P. O.), nicht bloß da gegeben, wo Vollstreckungshandlungen vorzunehmen sind. Bei der Verurtheilung zu Abgabe von Willenserklärungen kommt es nicht zu Vollstreckungshandlungen. Gleichwohl schreibt der § 779 C. P. O. vor, daß

Digitized by Google

die vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urtheiles zu ertheilen sei, wenn die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängt. Der Partei, zu deren Gunsten der Schiedsspruch lautet, steht demnach die Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurtheiles (§ 871 C. P. O.) nicht allein dann zu, wenn sie zur Vollziehung des Urtheiles die Hilfe des Gerichtsvollziehers oder des Vollstreckungsgerichtes in Anspruch zu nehmen hat, sondern sie hat diese Klage unter allen Umständen, um die Gültigkeit des Schiedsspruches durch richterliches Urtheil bestätigen zu lassen. Zweifellos darf der Gegner die Aufhebungsklage (§ 867 C. P. O.) auch in dem Falle erheben, wenn der Schiedsspruch keine Vollstreckung begründet. Aber die Aufhebungsklage braucht der Gläubiger nicht abzuwarten. Er kann den Verurtheilten auch durch die Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurtheiles zur Vorbringung von Aufhebungsgründen nöthigen (§ 868 Abs. 2). Der § 868 Abs. 1 a. a. O. verfügt nicht, daß ein Vollstreckungsurtheil bloß dann zu fällen sei, wenn der Schiedsspruch Vollstreckungshandlungen hervorruft, sondern bestimmt nur, daß zu dem Schiedsspruche ein Vollstreckungsurtheil ergehen und daß erst nach dem Erlasse eines solchen Urtheiles zur Vollstreckung desselben verschritten werden könne. Somit läßt sich nicht annehmen, daß der, welcher ein Vollstreckungsurtheil beantragt, dem Gerichte darlegen müsse, er wolle den Schiedsspruch zur Vollstreckung bringen. Die Motive zu § 807 des Entwurfes S. 479 heben hervor: „Da der Schiedsspruch seine Kraft nicht der Autorität eines durch den Staat eingesetzten Gerichtes, sondern der Vereinbarung der Parteien entnimmt, so hängt seine Geltung davon ab, daß der Schiedsvertrag dem Gesetze und das schiedsrichterliche Verfahren dem Willen der Parteien und den ergänzenden Normen dieses Gesetzbuches entspricht. Fehlt es an diesen Erfordernissen, so ist dem Schiedsspruche die Grundlage entzogen." Die Geltung des Schiedsspruches muß also im geordneten Rechtswege anerkannt werden. Darin besteht der Zweck des Vollstreckungsurtheiles. Nur durch letzteres erlangt der Schiedsspruch die ganze Kraft eines rechtskräftigen richterlichen Urtheiles; und das gilt natürlich auch von Schiedssprüchen, welche zu Vollstreckungshandlungen keinen Anlaß bieten. Die Gleichstellung des Vollstreckungsurtheiles bei Schiedssprüchen mit dem Vollstreckungsurtheile bei ausländischen Richtersprüchen führt endlich zu der nämlichen Auslegung des § 868. In § 660 Abs. 1 a. a. O. sind über die Vollstreckbarkeit der Urtheile ausländischer Gerichte dieselben Regeln gegeben, wie in § 868 über die Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen. Wäre der gegenwärtige Schiedsspruch ein ausländisches Urtheil, so müßte unzweifelhaft von inländischen Gerichten ein Vollstreckungsurtheil erlassen werden, bevor das Urtheil im Inlande Wirkung äußern könnte. Auch hier würde nicht darauf zu sehen sein, ob das Urtheil Grund zu Vollstreckungshandlungen gibt; ein weiterer Beweis dafür, daß „Vollstreckbarkeit" nicht dasselbe ausdrückt, wie „Vollstreckungsfähigkeit". Die Motive zu §§ 809 ff. S. 479 a. a. O. nennen die Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurtheiles ausdrücklich eine actio judicati, welche das Gehör des Verurtheilten erfordere, bevor das ausländische Urtheil und der Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt werde. Daraus erhellt wiederum, daß es sich bei diesen Klagen nur um die richterliche Feststellung der Unanfechtbarkeit des ausländischen Urtheiles und des Schiedsspruches

Digitized by Google

handelt. (Vgl. Petersen, C. P. O. zu § 866 S. 1161 unt. 1, 2. Aufl. und Zeitschr. für französ. Civilr. Bd. 11 S. 541; Puchelt, C. P. O. Bd. 2 S. 162 Anm. 3, S. 758 Anm. 3; Wernz, Kommentar zur bayer. C. P. O. S. 932.) S. A. Bd. XII bezw. 42 Nr. 83 S. 121 ff., Nr. 84 S. 123 ff. Wengler's Archiv, 7. Jahrg. S. 537 ff. (R. G. 28. VI. 86.) R. C. XVI. (104.) 420—423.

§ 869. § 869.

Nach Erlassung des Vollstreckungsurtheils kann die Aufhebung des Schiedsspruchs nur aus den im § 867 Nr. 6 bezeichneten Gründen und nur dann beantragt werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, den Aufhebungsgrund in dem früheren Verfahren geltend zu machen.

§ 870. § 870.

Die Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs ist im Falle des vorstehenden Paragraphen binnen der Nothfrist eines Monats zu erheben.

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Partei von dem Aufhebungsgrunde Kenntniß erhalten hat, jedoch nicht vor eingetretener Rechtskraft des Vollstreckungsurtheils. Nach Ablauf von zehn Jahren, von dem Tage der Rechtskraft des Urtheils an gerechnet, ist die Klage unstatthaft.

Wird der Schiedsspruch aufgehoben, so ist zugleich die Aufhebung des Vollstreckungsurtheils auszusprechen.

§ 549 Abs. 2.

Allgemeine Bestimmungen.

§ 871. § 871.

Für die Klagen, welche die Ernennung oder Ablehnung eines Schiedsrichters, das Erlöschen eines Schiedsvertrags, die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens, die Aufhebung eines Schiedsspruchs oder die Erlassung des Vollstreckungsurtheils zum Gegenstande haben, ist das Amtsgericht oder das Landgericht zuständig, welches in einem schriftlichen Schiedsvertrag als solches bezeichnet ist, und, in Ermangelung einer derartigen Bezeichnung, das Amtsgericht oder das Landgericht, welches für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs zuständig sein würde.

§§ 855, 857, 858, 859, 863, 867, 868, 870.

Unter mehreren hiernach zuständigen Gerichten ist und bleibt dasjenige zuständig, an welches sich zuerst eine Partei oder das Schiedsgericht (§ 865) gewendet hat.

Ger. K. G. § 26 Nr. 10. R. A. G. O. § 20.

§ 872. § 872.

Auf Schiedsgerichte, welche in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, finden die Bestimmungen dieses Buchs entsprechende Anwendung.

Digitized by Google

Register in zwei Abtheilungen.

I.

Register zum Gesetzestext.

Die Zahlen bedeuten die Paragraphen. E. G.: Einführungsgesetz.

A.

Ablehnung der Richter 42 ff., der Gerichtsschreiber 49, der Sachverständigen 371, der Schiedsrichter 858.

Abschriften vorbereitender Schriftsätze 124, aus den Prozeßakten 271, der Urtheile 288.

Abweisung des Klägers 276, im Urkundenprozeß 560.

Adoption. Recht zur Zeugniß-Verweigerung 348 Nr. 3, 350. Nichteidliche Vernehmung 358 Nr. 3.

Aenderung der Klage 240, in der Berufungsinstanz 489.

Aerzte. Pfändung 715 Nr. 6.

Akten. Anordnung ihrer Vorlegung 134. Einsicht in Prozeßakten 271, in die des Gerichtsvollziehers 680

Alimentenforderungen in Ehesachen 584. Pfändung wegen A. 749.

Alimentenklagen. Vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils 648 Nr. 6.

Alter, jugendliches, von unbeeidigt zu vernehmenden Zeugen 358 Nr. 1.

Amtsgericht. Verweisung des Rechtsstreits an ein bestimmtes A. bei sachlicher Unzuständigkeit des Gerichts 249. Anbringung des Gesuchs um Sicherung des Beweises bei dem A. 448, E. G. 13 Abs. 4. Verfahren vor dem A. 456—471. Anwendung der Vorschriften über das Verfahren vor den Landgerichten 456. Schriftliche oder protokollarische Klage 457. Verweisung der Sache an das Landgericht wegen Unzuständigkeit des A. 466, wegen Erhebung von Ansprüchen, welche zur Zuständigkeit des Landgerichts gehören 467. Nichtanwendung der 269 und 313—319. (Verlesung vorbereitender Schriftsätze ꝛc., vorbereitendes Verfahren in Rechnungssachen ꝛc.). Beschwerde in den beim A. anhängigen Sachen 532. Zuständigkeit des A. für Nichtigkeits- und Restitutionsklagen gegen Vollstreckungsbefehle 547 Abs. 2, für Sühneversuche in Ehesachen 571, in Entmündigungssachen 593, 594, 616, 617, 621. Mahnverfahren 629, 636, 639. Zwangsvollstreckung 684 ff., 704, 705, 710, 755, 759, 765. Bestellung eines Sequesters 747. Abnahme des Offenbarungseides 780. Arrestsachen 799. Einstweilige Verfügungen 820. Schiedsrichterliches Verfahren 871.

Amortisation von Wechseln 837 ff.

Amtsrichter. Ablehnung 45. Erlaubnißertheilung zur Zustellung an Sonntagen 171, zur Zwangsvollstreckung bei Nachtzeit, an Sonntagen ꝛc 681.

Amtssitz, Gerichtsstand 19, 20.

Amtsverbände. Zwangsvollstreckung gegen A. E. G. 15 Nr. 4.

Amtsverschwiegenheit der Beamten bei Vernehmung als Zeugen 341, 348 Nr. 5, 350 Abs. 2, der Geistlichen 348 Nr. 4, 350 Abs. 2.

Anerkenntniß. Aufnahme desselben im Protokoll 146. Verurtheilung auf Grund v. A. 278, 648, in Ehesachen 577, in Entmündigungssachen 611.

Anerkennung des gegnerischen Rechtes durch Prozeßbevollmächtigte 77, 79, von Urkunden 404, 468.

Anfechtung einer Ehe (Ungültigkeits- und Nichtigkeitsklage) 392.

Digitized by Google

Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurtheil 834, 848.
Anheftung eines Schriftstücks an die Gerichtstafel 187, 189, beim Aufgebot 825, 842. Entfernung des Schriftstücks 826.
Anlagen zu den Schriftsätzen 121 Nr. 1, 122.
Annahme von Eiden 417, 434, in der Berufungsinstanz 495. Protokollarische Feststellung 270.
Anschluß an die Berufung 482, 483, an die Revision 518.
Anstalten. Gerichtsstand 19.
Anträge. In den Schriftsätzen 121 Nr. 2. Stellung in der mündl. Verh. 128, 130. Beschränkung des Urtheils 279. A. auf vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung 653, auf Versäumnißurtheile 255 f., 318.
Anwaltsprozeß 74. Vollmacht 83 ff. Beistand 86. Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze 120, 121 Nr. 6. Zustellungen im A. 152. Tod des Anwalts 221.
Apotheke. Pfändung 715 Nr. 8.
Arbeiter. Gerichtsstand 21. Vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils bei Streitigkeiten mit dem Arbeitgeber 649 Nr. 2.
Arbeitslohn, nicht der Pfändung unterworfen 749 Nr. 1.
Armenrecht 106—118. Gesuch um Bewilligung 109. Ertheilung für die Instanz 110. Entziehung, Erlöschung 112, 113. Nachträgliche Bezahlung der Kosten 116. Rechtsmittel 118. Beschwerden Armer 532.
Arrest 796 ff. Vollziehung des A. 808 ff. Aufhebung 807, 813.
Arrestatorische Verfügung. Eintragung bei vorläufiger Vollstreckbarkeit 658.
Arrestbefehl 803, 809.
Arrestgericht 810, 812.
Arrestgesuch 800.
Auctoris nominatio 73.
Aufenthaltsort. Gerichtsstand 18, 21. Bestellung besonderer Vertreter nicht prozeßfähiger Parteien 55. Oeffentliche Zustellung bei unbekanntem A. 186.
Aufgebotstermin 824, 827, 828, 841, 843, 844, 845, 846, 847.
Aufgebotsverfahren 823—850. Zulässigkeit 823. Erlaß des Aufgebots, Inhalt 824. Bekanntmachung 825, 826. Frist 827. Anmeldung zwischen dem Aufgebotstermin und der Erlassung des Ausschlußtermines 828. Ausschlußurtheil 829. Aussetzung des Aufgebotsverfahrens oder Vorbehalt angemeldeter Rechte 830. Ausbleiben des Antragstellers, neuer Termin 831, 832. Bekanntmachung des Ausschlußurtheils 833. Anfechtung des Ausschlußurtheils 834. Frist 835. Verbindung mehrerer Aufgebote 836. Besondere Bestimmungen für die Amortisation von Wechseln ꝛc. 837. Antragsberechtigte bei Inhaberpapieren ꝛc. 838. Zuständigkeit 839. Begründung des Antrags 840. Inhalt des Aufgebots 841. Bekanntmachung 842. Aufgebotstermin bei Werthpapieren mit Zins- oder Dividendenscheinen 843, 844, 845. Attest über nicht erfolgte Vorlegung der Urkunde zur Ausgabe neuer Zins- oder Dividendenscheine 843, 844. Aufgebotstermin bei Schuldurkunden 846. Frist 847. Ausschlußurtheil, Bekanntmachung 848. Aufgebot von Urkunden, welche auf den Inhaber lauten ꝛc. 849. Wirkung des Ausschlußurtheils 850.
Ausschließung der Bestimmungen über das A. durch Landesgesetze. E. G. 11.
Aufhebung der Folgen von Versäumnissen 210 ff., der Entmündigung 613 ff., 616 ff., 620, 624 ff., von Vollstreckungsmaßregeln 647, 655, 688, 690, 692, 703, des Schiedsvertrages 859, eines Schiedsspruchs 867 ff.
Aufnahme des Verfahrens nach Unterbrechung oder Aussetzung desselben 217, 219, 223, 227.
Aufnahmebefehl in Ehesachen E. G. 16 Nr. 6.
Aufruf der Sache als Beginn des Termins 197.
Augenschein. Anordnung der Einnahme 135, 146 Nr. 4. Beweisantretung 336. Zuziehung von Sachverständigen 337. Werthfeststellung des Streitgegenstandes 3.
Ausbleiben der Parteien im Termin 228, des Klägers 295, des Beklagten 296, in Rechnungssachen 316, des Schwurpflichtigen im Schwurtermine 430, der Parteien in der Berufungsinstanz 504, in Ehesachen 572, 578, 579, im Vertheilungsverfahren 763, des Schwurpflichtigen im Termin zur Leistung des Offenbarungseides 782 ff., der Parteien im Aufgebotstermin 828, 831, A. von Zeugen 345, 365.
Auseinandersetzungen 313—319, 469.

Digitized by Google

Ausfertigungen der Urtheile 288, 290, 291, vollstreckbare A. 662—666, 669, 702, 705, von Schiedssprüchen 865.
Ausland. Zustellungen im A. 182, 234, 459. Oeffentliche Zustellung 186—189. Zustellung des Versäumnißurtheils 304. Beweisaufnahme 328, 329, 334. Zwangsvollstreckung aus dem Urtheil eines ausländischen Gerichts 660, 661. Zwangsvollstreckung im A. 700, 797.
Ausländer. Prozeßfähigkeit 53. Sicherheitsleistung für Prozeßkosten 102. Armenrecht 106.
Ausländisches Recht. Beweis 265.
Auslagen, baare. Armenrecht 107 Nr. 1, 108, 115.
Ausschließlicher Gerichtsstand 12, 707.
Ausschließung eines Richters 41 ff., des Gerichtsschreibers 49 Mitwirkung ausgeschlossener Richter u. s. w. als Revisionsgrund 513 Nr. 2, als Grund zur Nichtigkeitsklage 542
Ausschlußurtheil im Aufgebotsverfahren 829, 830, 833, 834, 843, 844, 848, 850.
Aussetzung des Verfahrens 139, 140, 141, bei dem Tode der Partei, dem Verlust der Prozeßfähigkeit oder dem Wegfall des gesetzlichen Vertreters 223, bei Krieg ꝛc. 224. Gesuch und Entscheidung 225. Beschwerde 229. Wirkung der A. 226. Aufnahme des Verfahrens 217, 219, 223, 227, vor Amtsgerichten 462. A. in Ehesachen 580. — Kompetenz-Konflikte E. G. 15 Nr. 1.
Auswanderungs-Expedienten. Streitigkeiten mit Reisenden 649 Nr. 3.
Auszug aus öffentlich zuzustellenden Schriftstücken 188, aus dem Urtheil 288, aus Prozeßakten 271, aus Urkunden 122.

B.

Bayern. Verfahren in streitigen Ehesachen E. G. 13 Nr. 6.
Beamte. Amtsverschwiegenheit als Zeugen 341, 348 Nr. 5, 350 Abs. 2. Vernehmung als Sachverständige 373. Pfändung 715 Nr. 6, 7, 749 Nr. 8. Verhaftung zur Erzwingung des Offenbarungseides 791.
Beauftragter und ersuchter Richter. Verfahren vor demselben ohne Zuziehung eines Rechtsanwaltes 74. Zuziehung eines Gerichtsschreibers 151. Erlaubniß zur Zustellung an Sonntagen 171. Termins- und Fristbestimmung 207. Sühneversuch 268. Befugnisse im vorbereitenden Verfahren 313, 314, bei der Beweisaufnahme 320, 326, 330, 331. Verfahren bei Verweigerung des Zeugnisses 353, 365. Weigerung des b. R., eine von einer Partei angeregte Frage zu stellen 363. Befugnisse beim Nichterscheinen ꝛc. von Zeugen 365. Ernennung von Sachverständigen 370. Abänderung einer Entscheidung des b. R. durch das Prozeßgericht 539. Vernehmung einer Partei in Ehesachen 579. Vernehmung des zu Entmündigenden 598.
Bedienstete. Zustellung an solche 166, 169.
Bedingter Zahlungsbefehl im Mahnverfahren 628.
Bedingtes Urtheil in der Berufungsinstanz 499.
Beeidigung der Zeugen 356—358. Versicherung auf den früher geleisteten Eid 363. B. der Sachverständigen 375.
Befangenheit 42—49, 513 Nr. 3, 542 Nr. 3.
Beglaubigung der Vollmachten 76, von Abschriften 156, 179, öffentl. Urkunden 400.
Begutachtung, schriftliche 376.
Behörden. Gerichtsstand 19. Zustellung an B. 157, 169. Beweiskraft öffentlicher Urkunden von B. 380, 382, 403. Edition von Urkunden durch B. 391, 397. Beweisaufnahme durch ausländische B. 328, 329, 334. Mitwirkung von B. bei der Zwangsvollstreckung 698—700, 705.
Beistände, Klagen wegen Gebühren, Auslagen ꝛc. 34. B. im Anwaltsprozeß 86. Entziehung des Worts 143. Ausschließung bei geschäftsmäßigem Betrieb 143. Bestellung von B. für Geistesschwache und Verschwender E. G. 10.
Beitritt zum Prozesse (Nebenintervention) 63, bei der Streitverkündung 71.
Bekanntmachung bei Entmündigungen u. s. w. 627, bei öffentlicher Zustellung 187, des Versäumnißurtheils 304, des Aufgebots 825 ff., 842, des Ausschlußurtheils 833, 848.
Benannter. Eintritt in den Rechtsstreit 73.
Benefizialerbe, Zwangsvollstreckung 696, s. Rechtswohlthat des Inventars.
Berichtigung von Schreibfehlern ꝛc. in Urtheilen 290, 291, 462, der Eidesform 491.

Digitized by Google

Berufung 472—507, gegen Endurtheile 472, gegen Versäumnißurtheile 474. Verzicht 475. Frist 477, 478, 481. B. vor der Zustellung des Urtheils ist wirkungslos 477. Berufungsschrift 479. Anwendung der Vorschriften über vorbereitende Schriftsätze 480. Anschluß des Berufungsbeklagten 482. Beantwortung der B. 484. Vertagung der mündlichen Verhandlung 486. Verhandlung 487. Unzulässigkeit der Aenderung der Klage 489. Neue Thatsachen und Beweismittel 491. Verletzung von Vorschriften des Verfahrens 492. Nachholung der in I. Instanz unterbliebenen Erklärungen über Thatsachen, Urkunden und Eideszuschiebungen 493. Vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils I. Instanz 496. Verhandlung und Entscheidung 499. Zurückverweisung in die I. Instanz 500, 501. Zurückweisung nachträglicher Beweismittel, Vorbehalt 502, 503. Versäumnißverfahren 504.

Revision über die Unzulässigkeit der B. 509 Nr. 1. Verpflichtung des Berufungsgerichts bei Zurückverweisung der Sache an dasselbe, die rechtliche Beurtheilung des Revisionsgerichts seiner Entscheidung zu Grunde zu legen 528 Abs. 2. Kosten der B. 92, 476.

Berufungsanträge 480, 498.

Berufungsfrist 477, 478.

Berufungsgericht. Zuständigkeit für Nichtigkeits- und Restitutionsklagen 547. B. bei Arresten und einstweiligen Verfügungen 821.

Beschädigung von Grundstücken 127.

Beschlüsse des Gerichts 294. Verkündung durch den Vorsitzenden 127. Protokollirung 146 Nr. 5. B. über Berichtigung von Schreibfehlern ꝛc. in Urtheilen 290, über die Einspruchsfrist gegen Versäumnißurtheile 304, über den Antrag auf Sicherung des Beweises 451, in Entmündigungssachen 593, 602 ff., 616, 619, 623, im Arrestverfahren 802, 813.

Beschwerde 530—540. Zulässigkeit 530, 531. Entscheidung durch das nächst höhere Gericht 531. Einlegung, Ort und Form 532. Gründung der B. auf neue Thatsachen ꝛc. 533. Prüfung durch das von der Beschwerde getroffene Gericht 534. Zulässigkeit der Entscheidung ohne mündliche Verhandlung 536. Verwerfung 537. Anordnung auf begründete B. 538.

B. wegen Armenrechts 118, 532, über die Anordnung der Aussetzung des Verfahrens 229, über Strafen gegen ausbleibende Zeugen und Sachverständige und über Zeugnißverweigerung 345, 355, 374, 532, 553. B. bei dem obersten Landesgericht E. G. 7 Abs. 5.

Beschwerde, sofortige 540. Wiedereinsetzung bei Versäumung 214 Abs. 2, betreffs der Ablehnung von Gerichtspersonen 46, der Zulassung der Nebenintervention 68, bei Verurtheilung der Gerichtsschreiber, Rechtsanwälte, Gerichtsvollzieher ꝛc. zur Tragung von Kosten 97, gegen den Festsetzungsbeschluß wegen der Kostenerstattung 99, das Zwischenurtheil wegen Rückgabe einer Urkunde 126, die Ablehnung der Aussetzung des Verfahrens 229, den Beschluß wegen Berichtigung eines Urtheils 290, die Zurückweisung des Antrags auf Versäumnißurtheil 301, 540, das Zwischenurtheil über Verweigerung des Zeugnisses 352, den Beschluß, durch welchen die Ablehnung eines Sachverständigen für unbegründet erklärt wird 371, die Ablehnung der Entmündigung 604, die Wiederaufhebung der Entmündigung 619, 535, die Zurückverweisung der beantragten Vollstreckbarkeitserklärung 639, die Entscheidungen ohne mündliche Verhandlung im Zwangsvollstreckungsverfahren 701, den Beschluß, durch welchen ein Arrest aufgehoben wird 813, die Zurückweisung des Antrags auf Erlassung des Ausschlußurtheils 829. Wiedereinsetzung bei Versäumniß der s. B. 214.

Besetzung des Gerichts. Anfechtung in der Revisionsinstanz 513 Nr. 1. Nichtigkeitsklage wegen nicht vorschriftsmäßiger B. 542.

Besitzer unbeweglicher Sachen, Klagen gegen denselben 27.

Besitzklagen. Streitgegenstand 6. Gerichtsstand 25. B. nicht zu verbinden mit der Klage über das Recht selbst 232.

Besondere Gerichte E. G. 3.

Besserungsbefehl in Ehesachen E. G. 16 Nr. 6.

Betagte Forderungen. Zwangsvollstreckung 672, 743. Arrest u. s. w. 796, 815, Aufgebot wegen Urkunden 846.

Betheiligte. Nichteidliche Vernehmung als Zeugen 358 Nr. 4.

Betheiligung Dritter am Rechtsstreit 61—73. S. Haupt- und Nebenintervention.

Digitized by Google

Betheuerungsformel an Stelle des Eides 446.
Betrag der Forderung, Vorausentscheidung über den Grund 276.
Betten. Pfändung 715 Nr. 1.
Bevollmächtigte (Prozeßbevollmächtigte) 74—85, 223. Klagen wegen Gebühren ꝛc., Gerichtsstand 34. Prozeßfähigkeit 75. Vollmacht 76, 85. Befugnisse aus derselben 77 ff. Verhältniß mehrerer B. 80. Wirkung der Prozeßhandlungen des B. 81. Tod ꝛc. des Vollmachtgebers 82. Kündigung der Vollmacht 83. Mangel der Vollmacht 84, 85. Sicherheitsleistung 85. Gebührenerstattung 87. Haftung des B. für die durch ihn verschuldeten Kosten 97. Ausschließung bei geschäftsmäßigem Prozeßbetrieb 145. Zustellungen an den B. 162. 164.
Beweis. Entbehrlichkeit bei Geständniß und Offenkundigkeit 261, 264. B. über das Recht anderer Staaten, Gewohnheitsrechte und Statuten 265. Sicherung des Beweises durch Augenschein, Zeugen und Sachverständige 447. Desfallsiges Gesuch 448 ff. Beweisaufnahme 453 ff.
Beweisantretung, 121 Nr. 5, 255. Zeitpunkt 256. S. auch Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkundenbeweis, Eid.
Beweisaufnahme 257 ff., erfolgt in der Regel vor dem Prozeßgericht 320, durch ein anderes Gericht 327, 330, 340, im Auslande 328, 329. Zwischenstreit vor dem beauftragten ꝛc. Richter 331. B. beim Ausbleiben der Parteien 332. Vervollständigung 332 ff. Neuer Termin zur B. 333. Wirksamkeit einer im Auslande vorgenommenen, nach ausländischem Gesetz mangelhaften, den inländischen Gesetzen entsprechenden B. 334. B. vor dem Prozeßgericht 335, zur Sicherung des Beweises 453. Verhandlung über das Ergebniß der B. 258.
Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß 447—455. S. Beweis.
Beweisbeschluß, 257, 323, 326, 329, 335, 339, 342, 398. Auferlegung von Eiden durch B. 426, 558. Beweiseinreden 256.
Beweiskraft der Standesregister E. G. 16 Nr. 2. B. eines Schuldscheins oder einer Quittung E. G. 17, von Urkunden 380—384, beglaubigten Abschriften 400.
Beweismittel. Angabe in den Schriftsätzen 121 Nr. 5, 255, 256. Erklärung über die B. des Gegners 121 Nr. 5, 255, 256. Fragen über die B. 130. B. im Urkundenprozeß 558, 561. Aufhebung der Beschränkung von B. E. G. 14 Nr. 2.
Beweispflicht wird durch Eideszuschiebung nicht übernommen 412.
Beweisprüfung. Freie Ueberzeugung 259, E. G. 13 Nr. 2, 3, 4; 14 Nr. 1, 2, 3, über Schaden und Interesse 260. Vorschriften des bürgerlichen Rechts E. G. 16 Nr. 1, 2.
Beweisregeln, gesetzliche 259.
Blödsinnigkeits-Erklärung, s. Entmündigungssachen.
Börse. Aushang von Bekanntmachungen an der B. 842.
Böswillige Verlassung. E. G. 16 Nr. 7, 8.
Bücher zum Gebrauche in Kirche und Schule von der Pfändung ausgeschlossen 715 Nr. 10.
Bürgerliches Recht. Vorschriften über Prozeßfähigkeit 50, über den Erwerb beweglicher Sachen ꝛc. 238, über die Wirkung der Rechtshängigkeit 239, über die Pflicht zur Herausgabe von Urkunden 387 Nr. 1, über Antragsberechtigung für Entmündigungs- ꝛc. Erklärungen 595, über die Rechte des Benefizialerben bei der Zwangsvollstreckung 696 Abs. 2, über den Schiedsvertrag 853, über Bestellung eines Beistandes für einen Geistesschwachen oder Verschwender E. G. 10. Fortbestand von Vorschriften des b. R., E. G. 16, 17.
Bundesrath. Zeugenvernehmung 341, 347 Abs. 2.

C.

Cautio rati 85 c. pro expensis 101 ff.
Cession des Klageanspruchs 236, von Forderungen im Zwangsverfahren 736 ff., (748) 753 ff.
Civilprozeßordnung. Zeitpunkt des Inkrafttretens E. G. 1. Umfang der Anwendung E. G. 3. Geltung für die Landesherren ꝛc. E. G. 5. Erledigung der anhängigen Prozesse nach den bisherigen Prozeßgesetzen, Befugnisse der Landesgesetzgebung E. G. 18. Begriff der rechtskräftigen Entscheidung E. G. 19.
Cura sexus 51.

Digitized by Google

D.

Datum 122, 181, 865.
Debitor cessus, s. Drittschuldner.
Deckoffiziere. Pfändung 715 Nr. 6, 7, 749 Nr. 8.
Deklaration des Urtheils 290.
Dienstaufwands-Einkünfte. Pfändung 749 Abs. 5.
Dienstbehörde. Benachrichtigung bei Verhaftung von Beamten ꝛc 791.
Dienstboten. Gerichtsstand 21. Zustellung von Geldern 166, 169. Vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils bei Streitigkeiten mit der Herrschaft 649 Nr. 2.
Dienstleidliche Versicherung bei Glaubhaftmachung des Grundes der Zeugnißverweigerung 351 Abs. 2.
Dienstleinkommen. Pfändung 734. D. mobiler Militärpersonen ꝛc., Pfändung 749 Nr. 6. Pfändung des D. der Offiziere, Militärärzte, Deckoffiziere, Beamten, Geistlichen und Lehrer 749 Nr. 8. D. der im Privatdienste dauernd angestellten Personen 749 Abs. 3.
Dienstlohn nicht pfändbar 749 Nr. 1.
Diffession, s. Urkunden.
Dilation, s. Fristen.
Dilatorische Einreden, s. prozeßhindernde Einreden.
Dinglicher Arrest 797.
Dinglicher Gerichtsstand 25—27. Lage einer Sache in verschiedenen Gerichtsbezirken 36 Nr. 4.
Dispositionsbeschränkung. Eintragung bei vorläufiger Vollstreckbarkeit 658.
Dolmetscher. Uebersetzung von Urkunden 133. Eidesleistung der Stummen mit Hülfe von D. 445.
Dünger. Pfändung 715 Nr. 5.
Duldung einer Handlung. Zwangsvollstreckung 775, 777.
Dunkelheiten im Urtheil 291.
Durchstreichungen in Urkunden 384.
Durchsuchung des Schuldners 678, 679.

E.

Echtheit des Urkundenbeweises 402—408, 468, 558, 577.
Edictalladung 186—190, s. Aufgebotsverfahren.
Edition, Editionseid, s. Urkundenbeweis.
Ehe, Nichtigkeitsklage 588.
Ehefrau. Gerichtsstand 17. Prozeßfähigkeit 51. Gesetzliches Pfand- und Vorzugsrecht E. G. 23. Entmündigungsverfahren 595.
Ehegatten. Recht zur Zeugnißverweigerung 348 Nr. 2, 350. Nichteidliche Vernehmung 358 Nr. 3.
Ehesachen. Gerichtsstand 568. Mitwirkung der Staatsanwaltschaft 569. Sühneversuch 570—573. Geltendmachung neuer Klagegründe 574. Verbindung der Klagen auf Herstellung des ehelichen Lebens, auf Ehescheidung und auf Ungültigkeit 575. Verbindung mit anderen Klagen 575 Abs. 2. Widerklage 575 Abs. 2. Folgen der unterlassenen Verbindung 576. Vorschriften über die Folgen unterbliebener Erklärung über Thatsachen und Beweismittel 577. Ausbleiben des Beklagten im Verhandlungstermin 578. Anordnung des persönlichen Erscheinens. Verfahren beim Nichterscheinen 579. Aussetzung des Verfahrens 580. Beweisaufnahmen von Amtswegen 581. Zustellung der Urtheile 582. Unzulässigkeit der Zurückweisung nachträglicher Beweise (252) 583. Einstweilige Verfügungen über vorläufige Trennung und Alimente 584. Nichtigkeitsklage 585—591. Erhebung der Nichtigkeitsklage 586. Keine Kumulation mit anderen Klagen; Beschränkung der Zulassung einer Widerklage 587. Nichtigkeitserklärung außerhalb der Nichtigkeitsklage 588. Nichtigkeitsklage durch den Staatsanwalt 589. Aufhebung von Bestimmungen über das Verfahren in streitigen Ehesachen in Bayern E. G. 13 Nr. 6. Kosten 591. Definition der einzelnen Eheklagen 592. Besondere Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung 774 Abs. 2, 779 Abs. 2. Fortbestehen der Vorschriften des bürgerlichen Rechts über das Verfahren bei Ehescheidungen auf Grund gegenseitiger Einwilligung E. G. 16 Nr. 5, Mandate über Rückkehr-, Aufnahme- und Besserungsbefehle E. G. 16 Nr. 6, über die Voraussetzungen der böslichen Verlassung E. G. 16 Nr. 7, 8.

Digitized by Google

Ehrenrechte. Ablehnung von Personen als Schiedsrichter wegen Mangel der E. 858.
Ehrenzeichen. Pfändung 715 Nr. 9.
Eid. Abnahme des E. 440—446. Eidesleistung der Landesherren ꝛc. 441, 444. Formalitäten der Eidesleistung 444. E. der Stummen 445. E. der Mitglieder gewisser Religionsgesellschaften 446. S. auch Eideszuschiebung, richterlicher Eid.
Eidesformel 443. Zeugen 357. Sachverständige 375, für zugeschobene Eide 424.
Eidespflicht. Verletzung derselben 422, 428, 432 f., 439, 543, 358.
Eideszuschiebung. Unstatthaftigkeit zur Glaubhaftmachung 266. Ueber welche Thatsachen zulässig 410, 411. Zum Beweise des Gegentheils gegen Präsumtionen E. G. 16 Nr. 1. Nichtänderung der Beweispflicht 412. Ausschließliche Zulässigkeit der Zurückschiebung an die Partei 414, an Nebenintervenienten 414. Bedingungen, unter welchen die Beschränkungen der E. fortfallen 415. Beweisantretung 416. Erklärung über die E. 417. Nachholung in der Berufungsinstanz 493. Folgen der Nichterklärung oder unzulässigen Zurückschiebung 417, 419 f., 577, 611. Eidesformel 424. Beweisbeschluß über die Eidesleistung 426. Wirkung der Eidesleistung, Beschränkung des Gegenbeweises 428. Erlassung des Eides 429. Wirkung der Verweigerung der Eidesleistung 429. Beschränkte Eidesleistung 431. Widerruf der E. ꝛc. nach Rechtskraft des bedingten Urtheils bei Verurtheilung des Schwurpflichtigen wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht 432, 433. Einfluß des Todes des Schwurpflichtigen, des Eintretens seiner Eidesunfähigkeit und Wegfalls seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter 433. E. an Streitgenossen 434. E. an den gesetzlichen Vertreter 435, 436, an Minderjährige und Verschwender 435. E. bei Restitutionsklagen 544, im Urkundenprozeß 558, in Ehesachen 577, in Entmündigungssachen 611, gegen Rechtsvermuthungen E. G. 16.
Eidliche Versicherung der Wahrheit 266, in Aufgebotssachen 829, 840 Nr. 3.
Eigenthümer unbeweglicher Sachen, Klage gegen denselben 27.
Eigenthumsklagen. Gerichtsstand 25.
Einlassungsfrist. Abkürzung 204, Klagen vor dem Landgericht 234. Vertagung wegen zu kurzer Frist 302, bei dem Amtsgericht 459. E. im Wechselprozeß 567.
Einrede. Frist für deren Geltendmachung 251. Zurückweisung 252, 502. Prozeßhindernde E. 247—250, 465, 490, 500, 529, 557, der mangelnden Prozeßfähigkeit, der mangelnden gesetzlichen Vertretung 247 (54, 513), der mangelnden Sicherheit für Prozeßkosten, der Nichterstattung der durch eine zurückgenommene Klage erstandenen Kosten der Unzulässigkeit des Rechtsweges 247, der Unzuständigkeit des Gerichts 10, 247, 407, der Rechtshängigkeit 235, 287, Wirkung der Verjährung von E. auf Geständnisse 262, prozessuale Behandlung von E. 137, 274, 275, Entscheidung über E. 293, Vorbringung von E. in der Berufungsinstanz 491, 92. S. noch 115, 560, 567, 256.
Einschaltungen in Urkunden 384.
Einsicht der Parteien in die Prozeßakten 271, in die Akten des Gerichtsvollziehers 680.
Einspruch. Zur Instanz gehörig 163, gegen die Entscheidung über Wiedereinsetzung 216, gegen Versäumnißurtheile 303—312 (s. Versäumnißurtheil), vor dem Amtsgericht 462, in der Berufungsinstanz 486, 500 Nr. 1, gegen den Vollstreckungsbefehl 640, gegen vorläufig vollstreckbar erklärte Urtheile 657.
Einspruchsfrist 304, 306. Wiedereinsetzung 211. Versäumnißurtheil 304.
Einstweilige Verfügungen, allgemeine Bestimmungen über deren Zulässigkeit 814, 819, Erlaß derselben 816, 820, 821, 822, Verfahren 815 f., 820, in Ehesachen 584, in Entmündigungssachen 613. Vorläufige Vollstreckbarkeit des sie aufhebenden Urtheils 648 Nr. 5. — Vorschriften des bürgerlichen Rechts E. G. 16 Nr. 4.
Eintragung in das Hypothekenbuch 731.
Einwilligung. Ehescheidungen auf Grund gegenseitiger E. E. G. 16 Nr. 5, in Klageänderung 241.
Einziehung gepfändeter Forderungen durch den Gläubiger 736 ff., 750 bis 754.
Empfangsbekenntniß 126, 181.
Endurtheile 272—274, 292, 426, 528. S. auch Urtheil.
Enteignung von Grundstücken. Gerichtsstand 27. Verfahren 15 Nr. 2.
Entfernung eines Betheiligten aus der Verhandlung 143, 144.
Entlassung des Beklagten aus dem Prozeß 72, 73.
Entmündigungssachen 593—627. Entmündigungserklärung durch Beschluß des Amtsgerichts 593. Zuständigkeit 594. Antragsberechtigte 595. Feststellung des

Digitized by Google

Geisteszustandes 697. Vernehmung des zu Entmündigenden 598. Abhörung von Sachverständigen 599. Mittheilung an die Vormundschaftsbehörde 600. Kosten 601. Zustellung des Beschlusses 602. Bei Ablehnung der E. sofortige Beschwerde 604. Anfechtung des Beschlusses durch Klage 605. Frist 605. Zuständigkeit des Landgerichts 606. Ladung des Antragstellers 607. Ausschluß der Widerklage 608. Beiordnung eines Vertreters 609. Nichtanwendung der Vorschriften über die unterlassene Erklärung über Thatsachen und Beweismittel, über Anerkenntniß 2c. 611. Neuer Termin beim Ausbleiben des Entmündigten 611. Beschränkung der Eideszuschiebung 2c. 611. Persönliche Vernehmung des Entmündigten 612. Einstweilige Verfügungen zum Schutze der Person und des Vermögens 613. Kosten 614. Antrag und Beschluß wegen Wiederaufhebung der Entmündigung 616. Zuständigkeit für die Wiederaufhebung 617. Kosten 618. Sofortige Beschwerde des Staatsanwalts über die beschlossene Wiederaufhebung 619. Klageerhebung bei Ablehnung der Wiederaufhebung 620. Verfahren 620. Prodigalitätserklärung 621. Kosten 622. Zustellung und Wirksamkeit des Beschlusses 623. Anfechtung durch Klage 624. Wiederaufhebung 625. Bekanntmachung 627. S. ferner E. G. 10.

Entschädigungsklagen 27, 29, 32.

Entscheidungen. Protokollirung 146 Nr. 5. E. des Vollstreckungsgerichts 684.

Entscheidungsgründe 284, über die Beweisprüfung 259. Verkündung der E. 282. Mangel der E. gilt als Revisionsgrund 513 Nr. 7.

Entziehung des Worts durch den Vorsitzenden 127, durch das Gericht 143.

Erbe. Hülfsvollstreckung gegen ihn 693—696.

Erbschaftsklagen. Gerichtsstand 28.

Erbschaftliches Liquidationsverfahren. Geltung der Landesgesetze E. G. 15 Nr. 3.

Erfüllungsort. Gerichtsstand E. G. 29.

Ergänzung des Urtheils 292, 462, 478, 502, im Urkundenprozesse 562. E. zur Nachholung der Erklärung vorläufiger Vollstreckbarkeit 654, eines Vertheilungsplanes 760.

Erklärungen des Bevollmächtigten und Beistandes 81, 86. E. über behauptete Thatsachen 129. Folgen des Nichtbestreitens 129, in Ehesachen 577, in Entmündigungssachen 611. E. auf Befragen 130. E. über Beweismittel 255. Nichterklärung über Thatsachen 2c. 299, desgl. vor dem beauftragten Richter im vorbereitenden Verfahren 319. Nachholung versäumter E. in der Berufungsinstanz 493.

Ermächtigung zur Prozeßführung 50, 52, 54, 77, des Gerichtsschreibers und Gerichtsvollziehers zu Zustellungen 153.

Erneuerung des Rechtsstreits 228, 243, 247 Nr. 5. Die Haft als Exekutionsmittel 792, 795.

Ersuchter Richter, s. beauftragter Richter.

Erstattung der Kosten an den Gegner 87, 98. Verfahren 98—100. Armenrecht 106, in Ehesachen 591, in Entmündigungssachen 614.

Erweiterung des Klageantrags 240 Nr. 2, 3, 253, 467.

Erziehungsgelder. Pfändung 749 Nr. 7.

Exmissionssachen 771. Vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils 649 Nr. 1.

Expropriation. Verfahren E. G. 15 Nr. 2.

Exterritorialität 16. Zustellungen 183.

F.

Fabrikarbeiter. Gerichtsstand 21.

Fabrikbetrieb 22.

Fälschung des Protokolls 150, von Urkunden 543.

Familie. Unterhalt 106, 116, 749. Zustellung an Familienmitglieder 166, landesherrliche 196.

Feiertage. Zustellung 171. Termine 193. Fristberechnung 200. Zwangsvollstreckung 681.

Feldinventarium. Pfändung 715 Nr. 5.

Ferien, Feriensachen 201.

Festsetzungsverfahren von Kosten 98—100.

Feststellungsklage 231, 253.

Feuerungsmittel. Pfändung 715 Nr. 2.

Fiskus. Gerichtsstand 20. Zwangsvollstreckung gegen ihn E. G. 15 Nr. 4.

Digitized by Google

Flößer. Streitigkeiten mit Reisenden, vorläufige Vollstreckbarkeit 649 Nr. 3.
Forderungen. Zwangsvollstreckung in F. 729—744, 749, 750, 753, s. Zwangsvollstreckung.
Form der Urtheile 286.
Fragen des Vorsitzenden und der Mitglieder 130, 131, bei Zeugenvernehmung 361 bis 363, 365. Fragerecht der Parteien 362.
Französisches Recht. Vorschriften über den erwählten Wohnsitz und über Vermögensabsonderung unter Eheleuten E. G. 15 Nr. 5.
Frauen. Prozeßfähigkeit 51, Ablehnung als Schiedsrichter 858.
Freie Städte. Mitglieder des Senats derselben 341, 347.
Fremdes Recht 265.
Freigebigkeit. Einkünfte auf Grund der F. eines Dritten, Pfändung 749 Nr. 3.
Fristen. Versäumung durch Streitgenossen 59. Kosten 90. Beginn des Laufs 198, 199. Berechnung 200. Gerichtsferien 201. Verlängerung und Abkürzung 202. Einfluß der Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens auf die Frist 226. Ruhenlassen des Verfahrens 228. F. für eine vom Beweisführer im Auslande zu besorgende Beweisaufnahme 329. Berufung 477, 481, 484. Revision 514, 517, 519, bei Nichtigkeits- und Restitutionsklagen 549 (552), im Wechselprozesse 562, bei Entmündigung 605, 624, für Anträge auf Anordnung vorläufiger Vollstreckbarkeit von Urtheilen 653, Frist zwischen Pfändung und Versteigerung 717, für die Erklärung des Drittschuldners bei Pfändung von Forderungen 739, im Vertheilungsverfahren 759, 760, 761, 764, im Mahnverfahren 634, 636, 637, 641, bei Arrestverfügungen 806, 809, im Aufgebotsverfahren 827, 831, 835, 843, 844, 845, 846, 847, im schiedsrichterlichen Verfahren 855, 857, 870, bei der vor obersten Landgerichten eingelegten Revision E. G. 7, 8.
Früchte. Nicht ohne Antrag zuzusprechen 279. Pfändung von F. 714, 725.
Fuhrleute. Streitigkeiten mit Reisenden, vorläufige Vollstreckbarkeit 649 Nr. 3.
Fungible Sachen. Mahnverfahren 628.
Futter. Pfändung 715.

G.

Garnison. Gerichtsstand 14, 15, 21. Vertreter nicht prozeßfähiger Parteien 55.
Gebühren der Prozeßbevollmächtigten ꝛc. 34. Erstattung durch den Gegner 87, 108, 115. G. der Zeugen 366, der Sachverständigen 378. Gebührenordnung E. G. 2.
Gegenerklärungen. Fristen der Zustellung 123.
Gegenforderung. Verweisung zum besonderen Prozeß 136, 141. Theilurtheil 274. Rechtskraft der Entscheidung 293.
Gegenseitigkeit. Vollstreckung der Urtheile ausländischer Gerichte 661 Nr. 5.
Gegentheil, Beweis. Armenrecht an Ausländer 106, 428. E. G. 16 Nr. 1.
Gehaltsforderung. Pfändung 733, 734, 749.
Geheimhaltung anvertrauter Thatsachen. Verweigerung des Zeugnisses 348 Nr. 5, 350 Abs. 2.
Geistesschwache. Beistand für G. E. G. 10. Entmündigung 593, 597, 599.
Geistliche. Recht zur Zeugniß-Verweigerung 348 Nr. 4, 350 Abs. 2. Pfändung der G. 715 Nr. 6, 7, 749 Nr. 8. Verhaftung zur Erzwingung des Offenbarungseides 791.
Geldforderung. Verfahren bei Pfändung 730—750. Arrest wegen derselben 796. S. Zwangsvollstreckung.
Geldstrafe gegen ausbleibende Zeugen 345, 346, wegen Zeugnißverweigerung 355, gegen Sachverständige 374, zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen 774, 775.
Gemeinden, Gerichtsstand 19, 23. Zustellung an G. 157, 169. Zwangsvollstreckung gegen G. E. G. 15 Nr 4.
Gemeindevorsteher. Niederlegung von Zustellungen bei demselben 167.
Generalbevollmächtigter. Zustellung an denselben 159.
Generalfragen bei Zeugen 360.
Genossenschaften. Gerichtsstand 19, 23, E. G. 15 Nr. 2. Zustellungen 169.
Gerichtsferien. Fristenlauf 201.
Gerichtskosten, s. Prozeßkosten.
Gerichtspersonen. Ausschließung und Ablehnung 41—49.
Gerichtsschreiber. Ausschließung und Ablehnung 49. Haftung für die durch seine

Digitized by Google

Schuld veranlaßten Kosten 97. Niederlegung von Abschriften der Schriftsätze 124 Mitwirkung bei mündl. Verhandl. 145 ff., bei Zustellungen 152—156, 179, 187. Beglaubigung von Abschriften 156. Einreichung der Ladung zur Terminsbestimmung 193. Abänderung von Entscheidungen des G. durch das Prozeßgericht 539. Ertheilung von Ausfertigungen, Abschriften und Auszügen von Urtheilen 286 bis 288, vollstreckbaren Ausfertigungen 662, 663, 668, 705. Mitwirkung bei der Zwangsvollstreckung 674, bei Arrestgesuchen 800, bei Anklagen auf einstweilige Verfügungen 815, im Aufgebotsverfahren 824.

Gerichtssiegel 288.

Gerichtsstand 12—37. Allgemeiner 12, 13. Wohnsitz 13, für Militärpersonen 14, 15, 21. Exterritorialität 16. Deutsche Beamte im Auslande 16. Ehefrau 17. Kinder 17. Aufenthaltsort, letzter Wohnsitz 18, 21, 568, 594, 617. Gemeinden, Korporationen 2c. 19, 23, des Fiskus 20, der Dienstboten, Arbeiter, Gewerbegehülfen, Schüler, Lehrlinge 21, der Niederlassung 22, des Vermögens des Beklagten 24. Dinglicher G. 25 ff., der Erbschaft 28, des Erfüllungsortes 29, des Meß- oder Marktortes 30, der Verwaltung 31, bei Klagen aus unerlaubten Handlungen 32, Widerklage 33, Klagen der Prozeßbevollmächtigten 2c. wegen Gebühren 2c. 34. Wahl unter mehreren zuständigen Gerichten 35. Bestimmung durch das höhere Gericht 36, 37, für Hauptinterventionen 61, für das Mahnverfahren 629, für Nichtigkeits- und Restitutionsklagen 547, für Wechselsachen 556, in Ehe- und Entmündigungssachen 568, 594, 606, 620, 626, 617, für Arrestmaßregeln und einstweilige Verfügungen 799, 807, 810, 816, 820, 821, im Aufgebotsverfahren 834, 839, im Schiedsverfahren 871, bei der Zwangsvollstreckung 660, 667, 684, 685, 686, 690, 704, 705, 710, 729, 755, 756, 759, 780.

Gerichtstafel. Anheften von öffentlichen Zustellungen 187, 189, der Aufgebote 825, 842.

Gerichtstage, ordentl., beim Amtsgericht 461.

Gerichtsvollzieher, Klagen wegen Gebühren 34. Haftung d. G. für verschuldete Kosten 97. Zuordnung für Arme 107 Nr. 3, 115. Zustellungen durch G. 152 (s. Zustellungen). Beglaub. von Abschriften 156. Zwangsvollstreckung 674 ff. (s. Zwangsvollstreckung).

Gesandte. Zustellung im Auslande durch dieselben 182. Legalisation von Urkunden 403.

Geschäftsführer ohne Auftrag 85. Unterzeichnung der Schriftsätze 121 Nr. 6.

Geschäftsherr, Klagen 31.

Geschäftslokal. Zustellungen 165, 168, 169.

Geschlechtsvormundschaft 51.

Gesellschaften, Gerichtsstand 19, E. G. 15 Nr. 2.

Gesetz im Sinne der C. P. O. 512, E. G. 12.

Gesetzesverletzung als Revisionsgrund 511, 512, 513.

Gesetzgebende Versammlungen. Zeugenvernehmung ihrer Mitglieder 347. Erzwingung des Offenbarungseides 785 Nr. 1, 786 Nr. 1.

Gesindestreitigkeiten. Vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils 649 Nr. 2.

Geständniß des Bevollmächtigten 81. Wirksamkeit des gerichtlichen G. 261, 494, 577, 611. Widerruf 263. Feststellung zum Protokoll 270, 470.

Gesundheit des Schuldners. Einfluß auf die Haftzulässigkeit 787.

Gewährleistungsanspruch 69.

Gewalt bei der Zwangsvollstreckung 678.

Gewerbe, Gerichtsstand der Niederlassung 22.

Gewerbegeheimniß. Grund zur Zeugnißverweigerung 349 Nr. 3.

Gewerbegehülfen, Gerichtsstand 21.

Gewerbetreibende. Zustellungen 168. Zeugnißverweigerung betreffs eines Gewerbegeheimnisses 349 Nr. 3.

Gewerkschaften, Gerichtsstand 19, 23.

Gewohnheitsrechte. Beweis 265.

Glaubhaftmachung. 44, 68, 99, 202, 214, 247, 271, 319, 322, 351, 371, 389, 395, 400, 406, 422, 432, 449, 454, 455, 490, 491, 508, 552, 647, 650, 651, 688, 710, 784, 795, 800, 815, 840, 869.

Glaubwürdigkeit der Zeugen 360.

Gnadengehalt. Pfändung 749 Nr. 8.

Gold- und Silbersachen. Zuschlag derselben bei der Versteigerung 721.

Grenzscheidungsklagen. Gerichtsstand 25.

Digitized by Google

Großjährige unter väterlicher Gewalt, Prozeßfähigkeit 51.
Grunddienstbarkeit. Streitgegenstand 7. Gerichtsstand 25.
Grundstücke. Streitigkeiten darüber 237.
Gütliche Beilegung des Prozesses 268.
Gutachten. Einholung 135. Verweigerung 373, 374, s. Sachverständige.
Gutsniederlassungen. Gerichtsstand 22.

H.

Haft gegen Zeugen 345, 355, 597, bei Verweigerung als Exekutionsmittel 774, 775, 782—795. S. Zwangsvollstreckung.
Haftbefehl 789.
Haftkosten 792.
Handarbeiter, Gerichtsstand 21. Pfändung der zum Beruf unentbehrlichen Gegenstände 715 Nr. 4.
Handelsniederlassung, Gerichtsstand 22.
Handlung. Zwangsvollstreckung zur Erwirkung ihrer Vornahme 773, 774. S. Zwangsvollstreckung.
Handlungen, unerlaubte, Gerichtsstand 32.
Handwerker. Rechtsstreitigkeiten 649 Nr. 3. Pfändung ihres Handwerkszeuges 715 Nr. 4.
Hauptintervention 61, 62, 78, 236, 237, 414, 607.
Hausverfassungen. E. G. 5.
Haus- und Küchengeräth. Pfändung 715 Nr. 1.
Hauswirthe. Zustellungen 166, 169.
Hebammen. Pfändung ihrer Berufsgegenstände 715 Nr. 4.
Heiz- und Kochöfen. Pfändung 715 Nr. 1.
Hinterlegung des Betrages einer Forderung bei der Streitverkündung 72, als Sicherheitsleistung 101, zur Abwendung der Vollstreckung 652, 659, 738, bei der Zwangsvollstreckung bei Geltendmachung von Vorzugsrechten ꝛc. 710, 751, bei Streitigkeiten über die Vertheilung 728, 751, durch den Drittschuldner bei Pfändung einer Geldforderung für mehrere Gläubiger 750, im Arrestverfahren 803, 810, 813.
Hohenzollern, Mitglieder der fürstlichen Familie H. haben keine Verpflichtung, an Gerichtsstelle zu erscheinen 196. Vernehmung als Zeugen 340. Eidesleistung 441, 444. — Anwendung der Civilprozeßordnung E. G. 5.
Hülfskassen. 749 Nr. 4.
Hypothekarische Klage 26, 102 Nr. 5.
Hypothekenscheine, Hypothekenschuldbriefe. Exekutionsprozeß 706.

I.

Jahrmärkte 30.
Immissionssachen. 649 Nr. 1.
Incidentpunkte 253.
Inhaberpapiere. Aufgebot 838, 849. Verfahren in Betreff der Sperre der Zahlung E. G. 15 Nr. 2.
Inkurssetzung gepfändeter Werthpapiere 724.
Insinuation, s. Zustellung.
Instanz. Prozeßhandlungen zur J. gehörig 163. Verfahren in 1. Instanz 230 ff., in der Berufungsinst. 472 ff., in der Revisionsinst. 507 ff.
Interesse. Schätzung 260. Klage auf das J. wegen Nichtleistung von Handlungen ꝛc. 778.
Interimistikum, s. einstweilige Verfügungen.
Interlokute, s. Zwischenurtheil.
Intervention, s. Hauptintervention, Nebenintervention.
Invalidenpensionen. Pfändung 749 Nr. 5.
Irrthum bei Geständnissen 263.

K.

Kaiser. Genehmigung desselben zur Zeugenvernehmung des Reichskanzlers 341, 347.
Kalendertag. Ablauf vor Beginn der Zwangsvollstreckung 672.
Kaufmännische Anweisungen etc. Amortisation 837 ff.

Digitized by Google

Kinder. Gerichtsstand 18, unter 16 Jahren nicht eidlich als Zeugen zu vernehmen 358 Nr. 1.
Klage. Gerichtsstand 12—34, gemeinschaftliche Kl. 56. Erhebung 235 Nr. 3, 240—242, 489. Erweiterung 240 Nr. 2, 3, 253, 467. Zurücknahme 243. Kl. vor dem Amtsgericht 457—461, 471, in Ehesachen 570, 575, 587, gegen den Entmündigungsbeschluß 605 bis 613, 620, beim Widerspruch im Mahnverfahren 636, 637, auf Erlassung des Vollstreckungsurtheils 660, der Vollstreckungsklausel 667, 668, 704, 705, beim Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung 690, wegen Ansprüche aus Pfändungen 710, 753, gegen Arrestbeschlüsse 806, 807, wegen Aufhebung eines Schiedsspruchs 870, 871.
Klageabänderung 235, 240—242, 489.
Klagegründe. Geltendmachung neuer, in Ehesachen 574.
Klagebeantwortung. Zeitpunkt der Zustellung 244.
Klageschrift 191, 230, 233, 457, 551. Zustellung 233, 234, 458.
Kleidungsstücke. Pfändung 715 Nr. 1.
Knappschaftskassen. Pfändung 749 Nr. 4.
Kommandobehörde. Zustellungen durch dieselbe 158, 184.
Kommunalverbände. Zwangsvollstreckung gegen dieselben. E. G. 15 Nr. 4.
Kompensation neuer Ansprüche in der Berufungsinstanz 491, der Kosten 88, 93.
Kompetenz-Konflikt. E. G. 15 Nr. 1.
Konfrontation von Zeugen 359.
Konkurs. Unterbrechung des Verfahrens 218.
Konsulate. Zustellungen 183, s. auch Reichskonsuln.
Kontumaz, s. Versäumnißurtheil.
Korporationen, Gerichtsstand 19, 23. Zustellungen an dieselben 169. Zwangsvollstreckung gegen sie E. G. 15 Nr. 4. Rechtsweg gegen K. E. G. 4.
Kosten bei Streitverkündung 72. Empfangnahme der vom Gegner zu erstattenden Kosten durch den Bevollmächtigten 77. Prozeßkosten 87—100, der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher 180, der Wiedereinsetzung 216, bei Zurücknahme der Klage 243, 247 Nr. 5, wegen Verzögerung von Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln 2c. 251, 256, des Versäumnißurtheils 309, der Zeugen 366, der Sachverständigen 378. K. bei Verweisung einer Sache vom Amtsgericht an das Landgericht 467, eines Sühneversuchs 471, des Urkundenprozesses 563, in Ehesachen 591, in Entmündigungssachen 601, 614, 617, 622, des Mahnverfahrens 632, 638, der Vollstreckung 685 Abs. 2, 697, des Vertheilungsverfahrens 760, der Vornahme einer Handlung durch einen Dritten zur Zwangsvollstreckung 773, der Haft zur Erzwingung des Offenbarungseides 792. — Erlaß einer Gebührenordnung E. G. 2. S. auch Prozeßkosten.
Kostenpunkt. Rechtsmittel 94. Entscheidung im Urtheil 279, 292.
Kostenvorschuß 344, 792, 813.
Krankenkassen. Pfändung der Hebungen aus ihnen 749 Nr. 4.
Kreisverbände. Zwangsvollstreckung E. G. 15 Nr. 4.
Krieg. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens 222, 224.
Kumulation von Klage-Ansprüchen 232.
Kunstgeheimniß. Grund zur Zeugnißverweigerung 349 Nr. 3.
Küchengeräthe. Pfändung 715 Nr. 1.
Künstler. Pfändung der unentbehrlichen Berufsgegenstände 315 Nr. 4.

L.

Ladung. Oeffentliche Zustellung 187, zu Terminen 191, 192, 193. Ladungsfrist 194, 204. Entbehrlichkeit einer L. 195. L. von Zeugen 342—345, von Streitgenossen 60, bei der Wiedereinsetzung 214, bei Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens 217, 221, 223, 228, des Beklagten 230, 239, 291, 305, 462, des Berufungsbeklagten 479, des Revisionsbeklagten 515, im Sühnetermine 571, im Mahnverfahren 676, im Vertheilungsverfahren 761.
Ladungsfrist 194, 204, 217, 636. Vertagung wegen zu kurzer L. 302.
Landesgericht, oberstes, s. oberstes Landesgericht.
Landesgesetze. Ihre Geltung über den Beweis der Unrichtigkeit in öffentlichen Urkunden bezeugter Thatsachen 383, über die Zulassung von Schuldtiteln zur Begründung von Zwangsvollstreckungen 706, über Eintragung der Pfändung von Forderungen in das Hypothekenbuch 731, über die Zwangsvollstreckung in das

Digitized by Google

unbewegliche Vermögen 757, über Vollziehung des Arrestes in unbewegliches Vermögen 811. Gestattung eines abweichenden Verfahrens in Rechtsstreitigkeiten, welche besonderen Gerichten übertragen werden können E. G. 3, über das Prozeßverfahren in Ansehung der Landesherren u. s. w. E. G. 5, über das Aufgebotsverfahren E. G. 11. Aufhebung ihrer prozeßrechtlichen Vorschriften 14. Landesgesetzliche Vorschriften, welche durch die Civilprozeßordnung unberührt geblieben, E. G. 15, über Anwendung der Civilprozeßordnung auf die vor dem Inkraftreten derselben anhängig gewordenen Prozesse und Zwangsvollstreckungen E. G. 18, 21, zur Bestimmung, in welcher Instanz die Nichtigkeits- und Restitutionsklagen gegen die vor der Geltung der Civilprozeßordnung rechtskräftig gewordenen Endurtheile ꝛc. zu erheben sind E. G. 20. Gewährung über vorher erworbene Pfand- und Vorzugsrechte E. G. 23.

Landesherren. Nichtverpflichtung zum Erscheinen an der Gerichtsstelle 196. Zeugen-Vernehmung 340. Eidesleistung 441, 444. Anwendung der Civilprozeßordnung betreffs ihrer E. G. 5.

Landgerichte. Verfahren vor denselben 230 ff. S. ferner 10, 467, 484, 509, 520, 568, 637, 660, 604, 710, 871.

Landwirthe. Pfändung des unentbehrlichen Wirthschaftsgeräths ꝛc. 715 Nr. 5.

Legitimation des gesetzlichen Vertreters 54, des Prozeßbevollmächtigten 76, 85, des Gerichtsvollziehers 675 ff., des Antragstellers im Aufgebotsverfahren 838.

Lehrer. Pfändung 715 Nr. 6, 7, 749 Nr. 8. Verhaftung zur Erzwingung des Offenbarungseides 791.

Lehrlinge. Gerichtsstand 21.

Leistungen, rückständige, aus Reallasten 26.

Leistungen, wiederkehrende. Streitgegenstand 9.

Leitung der Verhandlung 127, 131.

Letztwillige Verfügungen. Gerichtsstand 28.

Liquidationsverfahren, erbschaftliches, E. G. 15 Nr. 3.

Litisdenunciation, s. Streitverkündung.

Löschung. Klage auf L., Gerichtsstand 26.

Lohnarrest. Unzulässigkeit 749 Nr. 1.

Lokaltermine 196.

M.

Mahnverfahren 628—643, des Amtsgerichts 629. Gesuch 630. Zurückweisung 631. Zahlungsbefehl 632. Zustellung desselben wirkt Rechtshängigkeit 633. Widerspruch 634. Wirkung desselben 635. Folgen 636, 637. Kosten 638. Vollstreckungsbefehl 639, 640. Erlöschung des Zahlungsbefehls 641. Vorschriften für das Verfahren 642. Erklärungen durch Stellvertreter 643.

Manifestationseid, s. Offenbarungseid.

Marine, s. Militärpersonen.

Marktsachen, s. Meß- und Marktsachen.

Meß- und Marktsachen. Klage 30. Einlassungsfrist 234, 459.

Miethsverhältniß. Streitgegenstand 8. Vorläufige Vollstreckbarkeit der Ex- und Immissionsurtheile 649 Nr. 1.

Milchkuh. Pfändung 715 Nr. 3.

Militärärzte. Pfändung 715 Nr. 7, 749 Nr. 8.

Militärische Hülfe bei Zwangsvollstreckungen 678.

Militärpersonen. Gerichtsstand 14, 15, 21, 55. Zustellungen an M. 158, 184. Aussetzung des Verfahres 224. Ladung als Zeugen und Sachverst. 343, 345, 355, 374. Zwangsvollstreckung 673, 699, 715, 749, 785, 786, 793.

Minderjährige. Versäumnisse 210. Editionseid 391. Eideszuschiebung 435. Ablehnung als Schiedsrichter 858.

Minister. Vernehmung als Zeugen 341, 347.

Ministerien. Zeugenvernehmung ihrer Vorstände 347.

Missionen. Zustellungen 183.

Mobile Truppen. Zustellungen 184.

Monat. Fristberechnung 200.

Moratorien. E. G. 14 Nr. 4.

Mündliche Verhandlung. 119—151. Vorbereitung 120. Obliegenheiten und Befugnisse des Vorsitzenden 127. Parteivorträge 128, 129. Gerichtliche Instruk-

Digitized by Google

tionen 130, 131. Persönliches Erscheinen der Parteien 132. Akten- und Urkundenvorlegung 133, 134, 135. Trennung der Verhandlung 136, 137, 141. Verbindung mehrerer Prozesse 138, 141. Aussetzung der Verhandlung 139, 140. Wortentziehung 143, 144. Wiedereröffnung geschlossener Verhandlungen 142. Protokoll über die Verhandlungen 145, Formalitäten 150. Verhandlung vor ersuchten Richtern 151. Ausbleiben beider Parteien 228. M. B. vor dem Landgerichte 246, über das Beweisergebniß 258. Rüge der Verletzung von Prozeßvorschriften 267. Sühneversuch 268. Verlesung der Anträge 269. Wesentliche Erklärungen, Zusätze ꝛc. zu den Schriftsätzen 270. Urtheil 272—294. M. B. zur Berichtigung oder Ergänzung des Urtheils 291, 292, nach einem vorbereitenden Verfahren 317—319. Verbindung der Beweisaufnahme mit der m. B. 335. — M. B. vor dem Amtsgericht 464, in der Berufungsinstanz 481, 486, 487 ff., in Ehesachen 578, in Entmündigungssachen 610.

N.

Nachlaß. Gerichtsstand 28. Kurator beim Tode einer Partei 220, 694. Zwangsvollstreckung in dem N. 693—696.
Nachtzeit. Zwangsvollstreckung 681.
Nahrungsmittel. Pfändung 715 Nr. 2.
Naturereignisse. Wiedereinsetzung 211 ff., s. Wiedereinsetzung, Vertagung 302.
Nebenforderungen in Klagen 240 Nr. 2, 292, nicht ohne Antrag zuzusprechen 279, nichtentschiedene gelten nicht als aberkannt E. G. 14 Nr. 5.
Nebenintervention 63. Rechte und Pflichten des Nebenintervenienten 64, 65. Entscheidung im Hauptprozesse 66. Beitritt 67. Erfordernisse 67. Verhandlung über den Antrag auf Zurückweisung 68. Zuziehung des Nebenintervenienten im Hauptverfahren 68. Kosten 96. N. des Rechtsnachfolgers 236. Eideszuschiebung an Nebenintervenienten 414. N. vor dem Amtsgericht 462.
Neue Thatsachen und Beweismittel in der Berufungsinstanz 491, in der Beschwerdeinstanz 533, in Ehesachen 569.
Nichterscheinen der Parteien 295—298, 300, 301, 310, 316, 318, 332, 333, 471, 563, in Ehesachen 572, 579, des Beklagten 560, 578, 504, des Gegners im Beweisaufnahmetermin 454, des Gläubigers im Vertheilungsverfahren 763, des Antragstellers im Aufgebotstermine 831, des Schwurpflichtigen 430, der Zeugen und Sachverständigen 340 Nr. 3, 345, 365, 374.
Nichtigkeitsklage. Verbindung mit der Restitutionsklage 541. Fälle 542, gegen die vor Einführung der Civil-Prozeß-O. rechtskräftig gewordenen Endurtheile ꝛc. E. G. 20, s. Wiederaufnahme, Ehesachen und Ehescheidungsklage.
Nichtwissen 129. Eid über N. 424.
Niederlassung. Gerichtsstand 22.
Nomination 73, s. Streitverkündung.
Notare. Pfändung 715 Nr. 6.
Nothfristen in Gerichtsferien 201. Keine kompromissarische Verlängerung oder Verkürzung 202, 228. Wiedereinsetzung 211 ff., s. Wiedereinsetzung. Zum Einspruch 304. Berufungsfrist 477, für die Nichtigkeits- und Restitutionsklage 549, gegen Ausschlußurtheile 835, gegen Schiedssprüche 870.
Notorietät 264.
Nullitätsklagen, s. Nichtigkeitsklagen.
Nutzungen, wiederkehrende 9.
Nutzungsrecht. Pfändung 754.

O.

Oberste Landesgerichte E. G. 7, 8.
Observanz, s. Gewohnheitsrecht.
Oefen. Pfändung 715 Nr. 1.
Oeffentliche Aufforderung zur Klage 102 Nr. 4.
Oeffentliche Zustellung 186—189, 304; in Ehesachen 578. Keine solche im Mahnverfahren 628.
Oeffentlichkeit der Verhandlung 145 Nr. 5, 513 Nr. 6.
Offenbarungseid im Zwangsvollstreckungsverfahren 711, 769, 780—795. Vorschriften des bürgerlichen Rechts E. G. 16 Nr. 3, s. Zwangsvollstreckung.
Offenkundigkeit 264, 265.

Digitized by Google

Offiziere. Pfändung 715 Nr. 6, 7, 749 Nr. 8.
Orden. Pfändung 715 Nr. 9.
Ordnung, Aufrechthaltung bei der Verhandlung 144.
Ortskundigkeit 264.
Ortsstatuten 19.

P.

Pachtverhältniß. Streitgegenstand 8.
Pächter. Gerichtsstand 22.
Parteien. Vertretung 74, 75. Widerruf von Geständnissen ꝛc. des Bevollmächtigten 81. Persönliches Erscheinen 132, Sühneversuch 268. Recht der P., neben dem Anwalt das Wort zu nehmen 128. Entziehung des Worts 143. Zustellungen an P. 169. Rechtsnachfolger 217, 236.
Parteilichkeit des Richters. Restitutionsklage 543 Nr. 5.
Pensionen der Wittwen und Waisen, Pfändung 749 Nr. 7, invalider Arbeiter 749 Nr. 7, der Offiziere, Beamten 749 Nr. 8.
Personenvereine. Gerichtsstand 19, 23, E. G. 15 Nr. 2. Zustellungen 157, 159.
Persönliches Erscheinen der Parteien, Anordnung desselben 132.
Persönlicher Sicherheitsarrest 798, 812.
Pfandrecht. Streitgegenstand 6, aus der Pfändung 709, 710. E. G. 23.
Pfändung 708, 754, s. Zwangsvollstreckung.
Post. Zustellungen durch dieselbe 161, 164, 176—180, 221, 683, 730.
Postbote 177, 178.
Präclusionen, s. Ausschlußurtheil.
Präsumtionen, E. G. 16 Nr. 1.
Prokurist. Zustellungen 159.
Protestation. Eintragung bei vorläufiger Vollstreckbarkeit 658.
Protokoll über die mündliche Verhandlung 145—147, 569. Anlagen 146, 269, 270. Vorlesung oder Vorlegung 148. Unterzeichnung 149. Beweiskraft 150, 285. Sitzungs-P. bei Amtsgerichten 470, über Zwangsvollstreckung 682, 683.
Provinzialverbände. Zwangsvollstreckung E. G. 15 Nr. 4.
Prozeßakten. Einsicht 271.
Prozesse. Trennung 136, 141. Verbindung 138, 141. Aussetzung 139, 140, 141.
Prozeßbevollmächtigter, s. Bevollmächtigter.
Prozeßfähigkeit 50—55. Großjährige unter vät. Gewalt 51. Ehefrauen 51. Geschlechtsvormundschaft 51. Ausländer 53. Prüfung 54. Vorläufige Zulassung nicht prozeßfähiger Personen 54. Bestellung eines besonderen Vertreters 55. Unterbrechung des Verfahrens wegen Verlustes der P. 219. Einrede der mangelnden P. 247 Nr. 6. Eideszuschiebung an nicht prozeßfähige Personen 435.
Prozeßgericht. Beweisaufnahme vor demselben 320. Entscheidung desselben bei der Zwangsvollstreckung 688, 689.
Prozeßhandlungen vor dem Gerichtsschreiber 74. Vollmacht 79, des Bevollmächtigten 81. Versäumung 208—210. Wiedereinsetzung 211—216, während der Unterbrechung des Verfahrens 226. Rüge wegen Verletzung der Form 267.
Prozeßhindernde Einreden 247—250, vor dem Amtsgericht 465, in der Berufungsinstanz 490, 500 Nr. 2 u. Abs. 2, in der Revisionsinstanz 529, im Urkundenprozeß 557.
Prozeßkosten 87 ff. Kompensation und Theilung 88, bei Versäumnissen 90. Rechtsmittel 92. Berufung 92. Revision 92. Vergleich 93. Anfechtung der Entscheidung 94. Haftung mehrerer Kostenpflichtiger 95. Nebenintervention 96. Haftung der Gerichtsschreiber, Bevollmächtigten ꝛc. für verschuldete P. 97. — Erstattung 87, 98. Verfahren 98, 99, 100. Sicherheitsbestellung 101—105. Armenrecht 106—118. Kosten des Sühneversuchs 471, s. auch Kosten.
Prozeßvorschriften. Rüge der Verletzung 267, in der Berufungsinstanz 492. P. der Reichsgesetze E. G. 13, der Landesgesetze E. G. 14.
Purgatorium 437.

Q.

Quittung 677. Beweiskraft E. G. 17.
Quoten. Vertheilung der Kosten nach ihnen 100.

Digitized by Google

R.

Radirungen in Urkunden 384.
Ratihabition 85, 513, 542.
Räumung von Grundstücken u. s. w. 771.
Reallasten 25, 26.
Rechnungsfehler in den Urtheilen 290.
Rechnungssachen. Vorbereitendes Verfahren 250, 313—319, 469, s. Vorbereitendes Verfahren.
Recht, in anderen Staaten geltendes 265, zur Betreibung des Prozesses 60, 61, des Klägers 231.
Rechtsanwalt als Bevollmächtigter 74. Bestellung für die Revisionsinstanz E. G. 8. Selbstvertretung 74. Haftung für verschuldete Kosten 97. Zuordnung für Arme 107 Nr. 3, 115, im Entmündigungsverfahren 609, 620, 626. Unzulässigkeit der Untersagung des Vortrags wegen mangelnder Fähigkeit 143. Zustellungen von Anwalt zu Anwalt 181. Tod des Anwalts 221. Pfändung 715 Nr. 6, s. auch Bevollmächtigter.
Rechtsbeistände 86.
Rechtsgemeinschaft 56.
Rechtshängigkeit 235, 239, 254. Einrede der R. 247 Nr. 3, R. im Mahnverfahren 633, 635, 637, 641, im Zwangsvollstreckungsverfahren 665.
Rechtskraft. Fähigkeit der Urtheile zur R. 293. Eintritt 645, 549, 779, 781. Zeugnisse über die R. 646. Wirkung eines Schiedsspruches 866. — R. im Sinne des Einführungsgesetzes E. G. 19.
Rechtsmittel. Kosten für erfolglose 92, über den Kostenpunkt 94, über Bewilligung, Entziehung ꝛc. des Armenrechts 118. Zustellung des Schriftsatzes 164. R. gegen das Urtheil über prozeßhindernde Einreden 248, gegen Entscheidungen über Nichtigkeits- und Restitutionsklagen 554, bei Nichtigkeitsklagen in Ehesachen 589, 590, in Entmündigungssachen 604, 605 ff., 619—621, 624—626, bei Arresten ꝛc. 804 ff., 834, über das Schiedsverfahren gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil 657, gegen die vor der Civil-Prozeß-O. anhängigen Prozesse E. G. 20.
Rechtsnachfolger. Ladung beim Tode der Partei 217. Nichterscheinen 217. Wirkung der Rechtshängigkeit 236, 237, 238. Ertheilung vollstreckbarer Ausfertigungen 665, 671. Arrestbefehle 809.
Rechtsnorm. Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung 512, 516 Nr. 1, ausländische 265.
Rechtsverhältniß. Bestehen oder Nichtbestehen 231.
Rechtsweg. Unzulässigkeit desselben 247, 509, 528, E. G. 4, 5.
Rechtswohlthat des Inventars 695, 696.
Recognition von Urkunden 404.
Reconvention im Urkundenprozeß 561 ff.
Reformatio in peius 498.
Register zur Erhaltung von Pfand- und Vorzugsrechten E. G. 23.
Reichsanzeiger. Bekanntmachung öffentlicher Ladungen 187, 189, im Aufgebotsverfahren 825—827, 833, 846—848.
Reichsbeamte. Gerichtsstand im Auslande 16. Zeugenvernehmung 341. Ort der Abhörung 347. G. betr. d. Reichsbeamten, E. G. 12.
Reichsgericht. Zuständigkeit E. G. 7. Bestimmung zuständiger Gerichte E. G. 9.
Reichskanzler. Zeugenvernehmung 341, 347.
Reichskasse. Kosten der Revision 92.
Reichskonsuln. Beweisaufnahme durch dieselben 328. Legalisation von Urkunden 403, 700.
Reisekosten der Zeugen und Sachverständigen 366, 378.
Reisende. Streitigkeiten 649 Nr. 3.
Replik 245, 251.
Restitutionsklage. Fälle 541, 543, 554. Beweismittel 544, 545. Wirkung in Bezug auf die dem angefochtenen Urtheil vorangegangenen Entscheidungen 546. Gerichtsstand 547. Verfahren 548. Klagefrist 549. Inhalt der Klage 550, 551. Prüfung derselben 552. Verhandlung des Anfechtungsgrundes und der Hauptsache 553. Rechtsmittel 554. Aufhebung eines Schiedsspruchs beim Vorhanden-

Digitized by Google

sein von Restitutionsgründen 867 Nr. 5. — R. gegen die vor der C. P. O. rechtskräftig gewordenen Endurtheile ꝛc. E. G. 20, s. Wiederaufnahme.
Retentionsrecht 649.
Revision 507—529. Zuständigkeit E. G. 7, gegen Endurtheile der Berufungsinstanz 507. Revisionsfähigkeit 508, 509. Beurtheilung der vor dem Endurtheil erlassenen Entscheidungen 510. Begründung 511—513, 516. Gesetzesverletzung 512, 513, E. G. 6 Nr. 1, 2. Frist 514. Schriftsatz, Inhalt 515, 516. Anträge 516. Beschwerdegegenstand 516. Frist 517. Zustellung der Revisionsschrift E. G. 8. Anschluß des Revisionsbeklagten 518. Beantwortung 519. Verfahren 520. Rüge der Verletzung des Verfahrens in der Berufungsinstanz 521. Grenzen der Prüfung des Revisionsgerichts 522. Erklärung über vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils, soweit dasselbe nicht angefochten ist 523. Maßgabe der thatsächlichen Feststellung des angefochtenen Urtheils für die R. 524, 525. Zurückweisung der R. trotz der Gesetzesverletzung bei richtiger Entscheidung 526. Begründete Revision 527. Zurückverweisung an das Berufungsgericht 528. Entscheidung des Revisionsgerichts in der Sache selbst 528 Abs. 3. Anwendbarkeit von Vorschriften über die Berufung auf die R. 529. — Einlegung der R. bei dem obersten Landesgerichte E. G. 7. Kosten 92.
Revisionsanträge 516, 522.
Revisionsbeklagter 515, 518, 519.
Revisionsfrist 514, 517.
Revisionsgericht. Zuständigkeit für Nichtigkeits- und Restitutionsklagen 547, 553 Abs. 3.
Revisionsschrift 515, 516. Einreichung bei dem obersten Landesgericht E. G. 7, 8.
Richter. Ablehnung 41—48. Zuständigkeit vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs 57. Ausschließung auf Anzeige des Richters selbst 48. Mitwirkung eines abgelehnten Richters 513 Nr. 2, 3, 542 Nr. 2, 3, eines pflichtwidrigen Richters 543 Nr. 5, 544, s. auch Beauftragter Richter.
Richterlicher Eid 437—439.
Risse. Vorlegung 133.
Rückkehrbefehle in Ehesachen E. G. 16 Nr. 6.
Rückständige Leistungen aus Reallasten 26.
Rüge der Verletzung von Prozeßvorschriften 267.
Ruhenlassen des Verfahrens durch Vereinbarung 228.

S.

Sachen. Zwangsvollstreckung wegen solcher 712—728, 745, 746, 769—772, s. Zwangsvollstreckung.
Sachverständige, Sachverständigenbeweis. Gutachten durch S. 135. Protokollirung der Aussagen 146 Nr. 3, 147. Schätzung von Schaden und Interesse 260, beim Beweise durch Augenschein 336. Beweisvorschriften 367. Beweisantretung 368. Auswahl 369. Oeffentlich bestellte S. 369. Parteikompromiß 369. Ernennung der S. durch den Richter 370. Ablehnung von S. 371. Pflicht zur Folgeleistung 372. Gründe der Verweigerung 373. Beschränkung der Vernehmung öffentlicher Beamten 373 Nichterscheinen 374, 597. Eid 375. Schriftliches Gutachten 376. Neue Begutachtung 377. Gebühren 378. Sachverständige Zeugen 379. Schriftenvergleichung 407. Beschwerden der S. 532. Verletzung der Eidespflicht 543 Nr. 3, 544. S. in Entmündigungssachen 598, 599, 612, im schiedsrichterlichen Verfahren 861, 862. Sicherung des Beweises durch S. in den Fällen der Art. 348, 365, 407 des H. G. B. E. G. 13 Abs. 4.
Schaden. Schätzung 260. Grund zur Zeugnißverweigerung 349 Nr. 1, 350, zur Nichtvereidung 358 Nr. 3. Schaden des Gläubigers wegen verzögerter Beitreibung gepfändeter Forderungen 741.
Schadloshaltungsanspruch 69.
Schätzung, eidliche, 260.
Schätzungseid, Aufhebung früherer Vorschriften 260 Abs. 2.
Schafe. Pfändung 715 Nr. 3.
Schande, s. Unehre.
Schiedsrichter, schiedsrichterliches Verfahren 851—872. Vereinbarung über die Entscheidung durch Schiedsrichter 851. Schiedsvertrag über künftige Rechtsstreitigkeiten 852, Schiedsvertrag 853. Ernennung der Schiedsrichter 854—856. Weg-

Digitized by Google

fall eines Schiedsrichters 857. Ernennung durch das Gericht 855, 857. Ablehnung 858. Wegfall des Schiedsvertrages 859. Schiedsverfahren 860—862. Einwendungen gegen das Schiedsverfahren 863. Abstimmung 864. Schiedsspruch 865. Wirkung 866. Gründe einer Aufhebung 867. Zwangsvollstreckung aus demselben 868. Aufhebung nach Erlassung des Vollstreckungsurtheils 869. Klage auf Aufhebung 870. Zuständigkeit 871. Schiedsgerichte, welche durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden 872.

Schiedsvertrag, s. Schiedsrichter.

Schiffe. Zwangsvollstreckung auf Herausgabe von S. 771. Unzulässigkeit der Haft gegen die Mannschaft segelfertiger S. zur Erzwingung des Offenbarungseides 785 Nr. 3.

Schiffer. Streitigkeiten mit Reisenden 649 Nr. 3. Unstatthaftigkeit der Haft gegen S. segelfertiger Schiffe zur Erzwingung des Offenbarungseides 785 Nr. 3.

Schreibfehler in Urtheilen 290.

Schriftsätze, vorbereitende, s. vorbereitende Schriftsätze.

Schriftstücke. Unzulässigkeit auf sie im Vortrag 128. Vorlesung 128.

Schriftvergleichung 406, 407.

Schüler. Gerichtsstand 21.

Schulbücher. Pfändung 715 Nr. 10.

Schuldhaft. G. betreffend die Schuldhaft 913.

Schuldschein. Beweiskraft E. G. 17.

Senatoren der Hansestädte. Zeugenvernehmung 341, 347.

Sequester, Bestellung 726, 747, 752, 754, 817.

Sequestration 817.

Servis der Offiziere ꝛc. Pfändung 749 Abs. 5.

Sicherheitsarrest, persönlicher 798, 812, E. G. 13 Nr. 1.

Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden durch den Geschäftsführer oder Bevollmächtigten 85. Bestellung prozessualischer Sicherheit 101. Verpflichtung der Ausländer zur S. 102, 103. Höhe derselben 104. Frist 105. Wirkung der Nichtbestellung 105. Befreiung von S. durch das Armenrecht 107 Nr. 2. Einrede der mangelnden S. 247 Nr. 4. Bei Zwangsvollstreckungen 650, 672, 688. S. des Schuldners 652, 738, 775, im Arrestverfahren 801, 805, 807, zur Aufhebung einer einstweiligen Verfügung 818.

Sicherstellung. Streitgegenstand 6. Eintragung eines Anspruchs in das Grundbuch 658.

Sicherung des Beweises 447—455, s. Beweis.

Siegelanlegung als Pfändung 712.

Silbersachen. Zuschlag bei der Versteigerung 721.

Sofortige Beschwerde, s. Beschwerde, sofortige.

Sold der Militärpersonen. Pfändung 749 Nr. 5.

Soldaten, s. Militärpersonen.

Solidarische Haftung bei Prozeßkosten 95.

Sonntage. Zustellungen 171. Termine 193. Fristberechnung 200. Zwangsvollstreckung 681.

Staatsanwaltschaft. Mitwirkung in Ehesachen 569, 586, 589—591, bei Entmündigungssachen 595—597, 602, 604, 607, 818, 619, 624, 626.

Staatskasse. Kosten der Revision 92. Kostenerstattung im Eheprozeß 591. Entmündigungssachen 601, 614, 618.

Standesregister. Beweiskraft E. G. 16 Nr. 2.

Statut. Regelung des Gerichtsstandes 19. Beweis 265.

Stempelsteuer. Befreiung durch das Armenrecht 107 Nr. 1.

Sterbegehalt. Pfändung 749 Nr. 8.

Sterbekassen. Pfändung der Hebungen aus ihnen 749 Nr. 4.

Stiftungen. Gerichtsstand 19. Pfändung ihrer Einkünfte 749 Nr. 3.

Stipendien. Pfändung 749 Nr. 7.

Stimmenmehrheit beim Schiedsspruch 859 Nr. 2.

Strafandrohung bei Zwangsvollstreckungen 775.

Strafbare Handlungen als Restitutionsgrund 543 Nr. 4, 5, 544.

Strafgerichtliches Urtheil. Restitutionsklage 543 Nr. 6. Mangel einer bindenden Kraft für den Civilrichter E. G. 14 Nr. 1.

Strafgerichtliche Verfolgung. Besorgniß vor st. V. des Zeugen als Grund der Zeugnißverweigerung 349 Nr. 2. Nicht eidliche Vernehmung 358 Nr. 3.

Digitized by Google

Strafgesetze. Nichtbeeidigung der von ihnen zur eidlichen Zeugenvernehmung für unfähig Erklärten 358 Nr. 2.
Strafverfahren. Aussetzung eines Prozesses bis zur Erledigung eines solchen 140, 141.
Streitgegenstand. Angabe in den Schriftsätzen 121 Nr. 1, in der Klageschrift 290. Werth 2—9. Beweisaufnahme 3. Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten 4. Zusammenrechnung verschiedener Ansprüche 5. Besitz einer Sache 6. Sicherstellung einer Forderung 6. Pfandrecht 6. Grunddienstbarkeit 7. Dauer eines Pacht- oder Miethsverhältnisses 8. Wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen 9.
Streitgenossenschaft des zuständigen Gerichts 36 Nr. 3. Zulässigkeit 56, 57. Rechtsgemeinschaft 56. Gleichartigkeit der Ansprüche oder Verpflichtungen 57. Stellung der St. zum Gegner 58. Vertretung einer St. durch die andere 59. Prozeßbetrieb durch den Einzelnen 60. Kostenvertheilung 95, 96. Editionseid 391. Eideszuschiebung ꝛc. 434. Wirkungen der Leistung oder Nichtleistung zugeschobener Eide durch einzelne Streitgenossen 434. Richterlicher Eid 437, 438. St. im Entmündigungsverfahren 607. Intervention Dritter 690. St. mehrerer Gläubiger, für welche ein Anspruch gepfändet ist 753.
Streitverkündung 69. Zustellung von Schriftsätzen 70. Beitritt des Dritten 71. Eintreten des Dritten für den Beklagten 72. Urheberbenennung 73. St. vor dem Amtsgericht 462. St. an den Schuldner, seitens des eine Forderung des ersteren einklagenden Gläubigers 740.
Stren, Stroh. Pfändung 715 Nr. 3.
Studienstipendien. Pfändung 749 Nr. 7.
Studirende. Gerichtsstand 21.
Stumme. Eidesleistung 445. Ablehnung als Schiedsrichter 858.
Substitution des Bevollmächtigten 77.
Sühneversuch 268, vor dem Amtsgericht 471, in Ehesachen 570—574, s. Ehesachen.
Superarrest 709, 727 ff.
Suppletorium 437 ff., 260.
Suspensiveffect der Rechtsmittel 644, 645, E. G. 19, der Beschwerde 535.

T.

Taube. Ablehnung als Schiedsrichter 858.
Tenor, s. Urtheilsformel.
Termine. Anberaumung 206, 223, 458. Kosten bei Versäumung, Verlegung ꝛc. 90. Entbehrlichkeit einer Ladung 191—196. Aufruf, Versäumung 197. Aufhebung durch Vereinbarung 205. Verlegung 205, 206, zur Verkündung des Urtheils 281, 283, im vorbereitenden Verfahren in Rechnungssachen 314, 316, 317, zur mündlichen Verhandlung 295, 297—302, 312, 481, 484, 504, 519, 578, 607, zur Zeugenvernehmung 342, 346, 351, im Vertheilungsverfahren 761—765, zur Beweisaufnahme 326, 331—333, 452, 454.
Terminsbestimmung. Niederlegung von Abschriften der Schriftsätze Zweckes einer T. 124, der Ladung 193, Frist 194, beim vorbereitenden Verfahren 314, 317, zur Beweisaufnahme 326, 331, 333, 335, im Vertheilungsverfahren 761—765.
Thatbestand im Urtheil 284 Nr. 3, 285. Berichtigung 291, in der Berufungsinstanz 505, Revisionsinstanz 524.
Thatsachen, behauptete 129, 130, 261, 338, 449, bestrittene 129, 324, 339, 398, 437, 553, zugestandene 129, 261, offenkundige 264, neue Thatsachen in vorbereitenden Schriftsätzen 123, in der Berufungsinstanz 491, 493, in der Beschwerdeinstanz 533, in Ehesachen 576.
Theilungsklagen. Gerichtsstand 25.
Theilungsplan 760 ff., s. Zwangsvollstreckung.
Theilurtheil 273, 274, nach vorbereitendem Verfahren 318.
Tod des Anwalts. Unterbrechung des Verfahrens 221, des gesetzlichen Vertreters, Unterbrechung des Verfahrens 219, der Partei, Einfluß auf die Bevollmächtigung 82, Erlöschen des Armenrechts 113, Unterbrechung des Verfahrens 217, 220, 223. Einfluß des Schuldners auf die Zwangsvollstreckung 693—696, eines Schiedsrichters 857, 859 Nr. 1.
Trennung von Prozessen 136, 141, der Ehe, s. Ehesachen.

U.

Uebergabe der Zustellungen 155, 156, 172, 177, 178.
Uebergehung von Ansprüchen im Urtheil 292.

Digitized by Google

Ueberſetzung von Urkunden 133.
Ueberweiſung von Geldforderungen 736 ff., ſ. Zwangsvollſtreckung, des Anſpruchs auf Herausgabe einer im Gewahrſam eines Dritten befindlichen Sache 772.
Unbeeidigte Vernehmung von Zeugen 358.
Unbewegliche Sachen. Zwangsvollſtreckung auf Herausgabe 747, 771, in ſolche 755—757.
Unehre. Verweigerung des Zeugniſſes 349 Nr. 2. Nichteidliche Vernehmung 358 Nr. 3.
Unerlaubte Handlungen. Gerichtsſtand 32.
Ungültigkeitsklage, ſ. Eheſachen.
Unrichtigkeiten in Urtheilen 290, 291.
Unparteilichkeit. Mißtrauen gegen dieſelbe 42.
Unterbrechung der mündlichen Verhandlung 127, des Verfahrens beim Tode einer Partei 217, 220, 223, beim Konkurs über das Vermögen einer Partei 218, beim Verluſt der Prozeßfähigkeit und Wegfall des geſetzlichen Vertreters 219, 223, beim Tode des Anwalts 221, bei Krieg ꝛc. 222. Vorhandenſein eines Prozeßbevollmächtigten 223. Wirkung 226, nach dem Schluſſe der mündlichen Verhandlung 226. Aufnahme des Verfahrens 217, 219, 223, 227.
Unterlaſſung. Zwangsvollſtreckung zur Erwirkung 775.
Unteroffiziere. Zuſtellung 158, 184.
Unterſtützung. Unzuläſſigkeit der Pfändung 749 Nr. 3, 4, 7.
Unterzeichnung des Urtheils 286.
Unzuläſſigkeit des Rechtswegs. Einrede 247 Nr. 2. Reviſion 509 Nr. 1, 528 Nr. 2.
Unzuſtändigkeit des Gerichts 247, 249, 465, 509, 513, 528.
Urheberbenennung 73.
Urkunden. Beifügung zu den Schriftſätzen 122. Niederlegung auf der Gerichtsſchreiberei 125. Einſicht 125. Mittheilung unter Rechtsanwälten 126. Verſäumung der Rückgabe 126. Anordnung der Vorlegung 133. Ueberſetzung 133. Klage auf Anerkennung oder auf Feſtſtellung der Unechtheit 231, öffentliche U. 380, 382. Präſumtion der Echtheit 402. Gemeinſchaftliche 387 Nr. 2. — Reſtitutionsklage 543 Nr. 2, 7 lit. b. Zwangsvollſtreckung aus gerichtlichen oder notariellen U. 702 Nr. 5, 705. Zwangsvollſtreckung aus nach früheren Geſetzen zu beurtheilenden Urkunden E. G. 22. Aufgebot von U. 837 ff., ſ. Aufgebotsverfahren.
Urkundenbeweis. Oeffentliche Urkunden 380, 382, 383. Beweis unrichtiger Beurkundung 380 Abſ. 2. Privaturkunden 381. Amtliche U. 382. Beweiskraft 383. Durchſtreichungen u. ſ. w. 384. Beweisantretung 385, 386, in Eheſachen 577. Verpflichtung des Gegners zur Vorlegung 387, 388. Inhalt des Antrags 389. Anordnung der Vorlegung 390. Eid beim Beſtreiten des Beſitzes 391 al. 3. Folgen der Verweigerung 392. Beweisantritt zur Herbeiſchaffung einer von einem Dritten beſeſſenen Urkunde 393. Verpflichtung des Dritten 394. Antrag 395. Friſt zur Vorlegung 396, wenn die Urkunde ſich in Händen einer Behörde oder eines Beamten befindet 397, nach Erlaſſung eines Beweisbeſchluſſes 398. Vorlegung der Urkunde 399, 400. Beweisantritt im Urkundenprozeß 558. Verzicht auf den U. 401. Vermuthung der Echtheit öffentlicher Urkunden 402. Urkunden ausländiſcher Behörden 403. Erklärung über die Echtheit von Privat-Urkunden 404, 468, 493, in Eheſachen 577, in Entmündigungsſachen 611. Beweis der Echtheit 405, 406. Vermuthung für die Echtheit der Schrift bei zweifelloſer Echtheit der Unterſchrift 405. Schriftvergleichung 406. Vergleichungsſchriften beim Vorhandenſein in der Hand des Gegners oder eines Dritten 406. Beweisprüfung 407. Verwahrung beſtrittener Urkunden 408. Vernichtung oder Beſeitigung von Urkunden 409.
Urkundenprozeß. Zuläſſigkeit 555. Klagerforderniſſe 556. Prozeßhindernde Einreden 557. Unzuläſſigkeit der Widerklage 558. Beſchränkung der Beweismittel 558. Beweisantritt 558. Abſtandnahme vom U. 559. Abweiſung der Klage 560. Zurückweiſung von Einwendungen 561. Vorbehalt der Einreden 562, 563. Aufhebung des im U. ergangenen Urtheils, wenn ſich im ordentlichen Prozeſſe der Ungrund des Anſpruchs ergibt 563. Koſten 563. Verſäumnißurtheil 563, kein Vorbehalt der Vertheidigungsmittel im U. 564. Wechſelprozeß 565—567, ſ. Wechſelprozeß. — Keine Sicherheitsleiſtung 102 Nr. 2. — Vorläufige Vollſtreckbarkeit des Urtheils 648 Nr. 4.

Digitized by Google

Urtheile. Verkündung durch den Vorsitzenden 127. Protokollirung 146 Nr. 5. U. über prozeßhindernde Einreden 248. Gründe in Betreff der Beweisprüfung 259. Vorläufige Vollstreckbarkeit während der Berufungsinstanz 496. Restitutionsklage wegen Auffindung eines früheren rechtskräftigen Urtheils 543 Nr. 7 lit. a., s. Endurtheil.
Urtheilsformel 282, 284 Nr. 5.
Urtheilsfristen. Außerkrafttreten der landesgesetzlichen Bestimmungen E. G. 14 Nr. 4.

V.

Vater. Anträge in Entmündigungssachen 595, 605, 607.
Veräußerung in Streit befangener Sachen 236, eines Grundstücks 237. Einfluß auf die Zwangsvollstreckung 665. Verbot der V. 817.
Verbesserung von Fehlern im Urtheil 290 ff.
Verbindung mehrerer Prozesse 138, 141. Erlassung des Endurtheils über einen derselben 272. V. von Klagen im dinglichen Gerichtsstande 26, der Eideszuschiebung mit andern Beweismitteln 418, 419. V. mehrerer Aufgebote 836.
Verbrechen. Gerichtsstand 32.
Vereine. Gerichtsstand 19, 23. E. G. 15 Nr. 2.
Vereinbarung über den Gerichtsstand 38—40, 33, über Fristen-Vertagung 202 bis 205, 212, über Sistirung des Verfahrens 228, über Sachverständige 369.
Verfahren. Rüge der Verletzung von Vorschriften des V., Zeitpunkt 267. Rüge in der Berufungsinstanz 492.
Verfügungen des Vorsitzenden 171, 204, 294, des Gerichts 146 Nr. 5, 271, 330. Beweis durch amtliche V. einer Behörde 382.
Vergleich. Vollmacht dazu 77. Beschränkung 79. Kosten 93, im Protokoll zu konstatiren 146 Nr. 1. Zwangsvollstreckung aus Vergleichen 702 Nr. 1, 2.
Verhandlungstermin. Begriff 297.
Verhinderung des zuständigen Gerichts 36 Nr 1, des Vorsitzenden und der Richter 286, 291.
Verjährung. Unterbrechung durch Zustellung 190, der Nichtigkeits- und Restitutionsklage 549, in Ehesachen 571. Die Anfechtungsklagen gegen das Ausschlußurtheil 835, wegen Aufhebung eines Schiedsspruchs 870. Reichsgesetzliche Vorschriften über die Unterbrechung der Verjährung E. G. 13 Nr. 4, 13 Abs. 3.
Verkehrsunterbrechung. Aussetzung des Verfahrens 224.
Verkündung des Urtheils 281, 282. Wirksamkeit ohne Zustellung 283. V. vor vollständiger Abfassung 286.
Verlegung von Terminen 205, 206, 90.
Verletzung des Gesetzes. Revisionsgrund 511—513.
Verlobte. Zeugnißverweigerung 348 Nr. 1, 350. Nichteidliche Vernehmung 358 Nr. 3.
Vermächtnisse. Gerichtsstand der Erbschaft 28.
Vermögensabsonderungen unter Eheleuten nach französischem und badischem Recht E. G. 15 Nr. 5.
Vermögensauseinandersetzungen, vorbereitendes Verfahren 250, 313 bis 319, 469, s. vorbereitendes Verfahren.
Vermögensmassen. Gerichtsstand 19.
Vermögensrechtlicher Schaden. Zeugnißverweigerung 349 Nr. 1, 350. Nichteidliche Vernehmung 358 Nr. 3.
Vermögensverwaltung. Gerichtsstand 31.
Vermögensverzeichniß. Vorlegung seitens des Schuldners 711.
Vermuthungen der Echtheit von Urkunden 402, gesetzliche E. G. 16 Nr. 1.
Vernehmung der Zeugen, s. Zeugen, Zeugenbeweis.
Versäumnißkosten der Zeugen 366, der Sachverständigen 378.
Versäumnißurtheil. Bei Ladung von Rechtsnachfolgern einer verstorbenen Partei 217. Verkündung 282, gegen den Kläger 295, gegen den Beklagten 296. Nicht erschienene Parteien 298, 299. Versagung des V. 300, 301. Vertagung der Verhandlung über den Antrag 302. Einspruch 303. Frist 304. Einlegung 305. Prüfung 306. Wirkung der Zulassung 308. Aufrechthaltung oder Aufhebung des V. 308. Kosten 309. Unzulässigkeit zweimaligen Einspruchs 310. Vorläufige Vollstreckbarkeit 648 Nr. 3. Verzicht auf den Einspruch 311. Vorschriften für besondere Fälle 312, nach einem vorbereitenden Verfahren 318, beim Richterschei-

Digitized by Google

nen im Eides-Termine 430. Berufung 474. Zurückverweisung in die I. Instanz 500 Nr. 5. Verfahren in der Berufungsinstanz 504. — Revision 529 — Verfahren im Rekonventionsprozesse 563. — V. in Ehesachen 578. — Der Vollstreckungsbefehl als V. 640. — V. im Vertheilungsverfahren 767.

Versäumung von Terminen 58, 90, 197, 283, von Prozeßhandlungen 208—210. Wiedereinsetzung 211, s. Wiedereinsetzung.

Verschleppung des Prozesses 252, 339, 398, 583.

Verschwägerte. Recht zur Zeugnißverweigerung 348 Nr. 3, 350. Nichteidliche Vernehmung 358 Nr. 3.

Verschwender. Editionseid 391. Eideszuschiebung 435. — Erklärung einer Person für einen V. 621—627. Bestellung eines Beistandes E. G. 10, s. Entmündigungssachen.

Verschwiegenheit. Pflicht zur V. als Grund zur Zeugnißverweigerung 348 Nr. 5, 350 Abs. 2.

Verstandesschwäche. Grund für Nichtvereidung von Zeugen 358 Nr. 1.

Versteigerung gepfändeter Sachen 716—719, 722, 725, 726, 810.

Vertagung einer Verhandlung 90, 206, 245, 250, 297, 300, 302, in der Berufungsinstanz 486, 656, in der Revisionsinstanz 529.

Vertheidigungsmittel. Frist der Geltendmachung 251, 252, in der Berufungsinstanz 491, 502, 503. Behandlung selbständiger V. 137, 275. V. von Nebenintervenienten 64, 65. Kosten fruchtloser V. 91, 95.

Vertheilungsgericht 765, 768.

Vertheilungsverfahren bei der Zwangsvollstreckung 757—768, 810. Vertheilungsplan 760—766

Vertrag. Gerichtsstand 29.

Vertretbare Sachen. Mahnverfahren 628. Zwangsvollstreckung auf Herausgabe 770.

Vertreter. Bestellung in Ermangelung eines gesetzlichen V. 55, bei dem Verfahren zur Sicherung des Beweises 455. Restitutionsklage gegen V. 543 Nr. 4, eines Entmündigten 609, 620, 626. Gesetzlicher Vertreter nicht prozeßfähiger Parteien. Geltung des bürgerlichen Rechts 50. Legitimation 54. Vorläufige Zulassung 54. Bestellung besonderer Vertreter 55. Haftung des V. für Kosten 97. Zustellung an V. 157, 172. Versäumung des V. 210. Aufhören der Vertretung 219, 223. Einrede mangelnder V. 247 Nr. 6. Eideszuschiebung an den gesetzlichen V. 391, 435, 436. Richterlicher Eid 437, 438. Mangelhafte Vertretung als Revisionsgrund 513 Nr. 5, als Grund der Nichtigkeitsklage 542 Nr. 4, 549, der Aufhebung eines Schiedsspruchs 867 Nr. 3. Strafbare Handlungen, als Grund der Restitutionsklage 543 Nr. 4, 544.

Verwaltung. Gerichtsstand 31. Verwaltungsbehörden 139, E. G. 15. Verwaltungsgerichte E. G. 15.

Verwandte. Zeugnißverweigerung 348 Nr. 3, 350. Nichteidliche Vernehmung 358 Nr. 3.

Verweigerung des Zeugnisses 348—355, des Gutachtens 378, 374.

Verwerfung des Einspruchs 306, der Berufung 497, der Revision 529, der Nichtigkeits- und Restitutionsklage 552.

Verzichtleistung. Vollmacht 77, 79, Feststellung im Protokoll 146 Nr. 1. V. auf die Rüge der Verletzung von Prozeßvorschriften 267, auf den Anspruch 277, auf Einspruch 311, auf die Vereidigung von Zeugen 356, 577, 611, auf vorgeschlagene Zeugen 364, auf den Urkundenbeweis 401, auf die Berufung 475, 482, auf die Revision 529. V. auf die durch Pfändung erworbenen Rechte 742.

Verzögerung des Prozesses 252, 321, 329, 339, 389, 502, 858, 859.

Viehinventarium. Pfändung 715 Nr. 5.

Vollmacht 76—80. Tod des Vollmachtgebers und Verlust der Prozeßfähigkeit 82. Kündigung der V. 83. Rüge des Mangels der V. 84.

Vollstreckbare Ausfertigung 662—665, 669, 670, 675, 678. Gerichtlicher und notarieller Urkunden 705.

Vollstreckbarkeit. Vorläufige V. des Urtheils I. Instanz 496, 502, der Urtheile im Urkundenprozeß 562, vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung 644, 648—652, 654 bis 657, Aufhebung derselben 681 Nr. 1.

Vollstreckungsbefehl im Mahnverfahren 634, 639, 640. Zwangsvollstreckung aus V. 702 Nr. 4, 704. Nichtigkeits- und Restitutionsklagen dagegen 547.

Vollstreckungsgericht 684, 685, 710, 728, 729, 755, 756, 771, 780, 810, 813.

Digitized by Google

Vollstreckungsklausel 662, 663, 668, 704, 705, beim Arrestbefehl 809.
Vollstreckungsurtheil aus einem ausländischen Urtheil 660, 661, aus einem Schiedsspruch 868, 869, s. Schiedsrichter.
Vorbehalt der Rechte im Urtheil 502, 503, 562, 563.
Vorbereitendes Verfahren in Rechnungssachen, Vermögensabsonderungen 250, 313—319.
Vorläufige Vollstreckbarkeit, s. Vollstreckbarkeit u. Zwangsvollstreckung.
Vormund 595, 600, 603, 613, 615, 616, 626.
Vormundschaftsbehörde. Mittheilung an dieselbe in Entmündigungssachen 600, 603, 615, 619, 623, 626.
Vorschuß 101—105, 344, 367, 797, 813.
Vorsitzender. Leitung der mündlichen Verhandlung 127, 130, Ladungen 193, Veränderung der Fristen 204, Aufnahme des Verfahrens 221, Festsetzung der Einlassungsfrist 223, Urtheilsberichtigung 291, Terminsbestimmung im Rechnungsprozeß 341, bei der Beweisaufnahme 326—328, 361, 362, in der Berufungsinstanz 488, in Ehesachen 570, 573, in Entmündigungssachen 610, 626, im Zwangsverfahren 666, bei einstweiligen Verfügungen 822.
Vorstand des Gerichts 271, der obersten Reichsbehörden und Ministerien 347.
Vorträge der Parteien 128, 258, 464, 488, 529.
Vorzugsrecht bei Pfändungen 710, E. G. 23.

W.

Wahl des Gerichtsstandes 35.
Wahlkonsuln. Gerichtsstand 16.
Wahnsinnige, s. Entmündigungssachen.
Wahrscheinlichkeit. Vermuthungen in Betreff ihrer E. G. 14 Nr. 3.
Waisen. Pfändung ihrer Bezüge aus Waisenkassen 749 Nr. 7.
Wechsel. Pfändung von Wechselforderungen 732. Amortisation 837.
Wechselordnung. E. G. 19.
Wechselprozeß 565—567. Gerichtsstand 566. Erforderniß der Klage, Einlassungsfrist 567. Keine Sicherheitsleistung 102 Nr. 2. Vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils 648 Nr. 4.
Werth des Streitobjektes behufs Feststellung der Gerichtszuständigkeit 2—9, 230, in der Revisionsinstanz 508, 509, 516, 92.
Werthpapiere. Mahnverfahren 628. Pfändung 722, 723, 724. Aufgebot 838, 846.
Widerklage. Gerichtsstand 33. Vollmacht 77. Keine Sicherheitsleistung 102 Nr. 3, 104. Geltendmachung 251, 253. Versäumnißurtheil 312. Verweisung seitens des Amtsgerichts vor das Landgericht 467. Unstatthaftigkeit im Urkundenprozeß 558, in Ehesachen 575 Abs. 2, 587. Unzulässigkeit in Entmündigungssachen 608.
Widerruf von Geständnissen ꝛc. des Bevollmächtigten durch die Partei 81, des Vorbringens der Beistände 86, gerichtlicher Geständnisse 263.
Widerspruch im Mahnverfahren 631—643, s. Mahnverfahren, gegen die Zwangsvollstreckung 690, 710, gegen den Offenbarungseid 781, gegen Vertheilungspläne 762—767, gegen den Arrestbeschluß 804, 805, im Urtheil 291, in Zeugenaussagen 359.
Widerstand bei Zwangsvollstreckungen 678, 679, 777.
Wiederaufhebung der Entmündigung 616—620, 625—626, s. Entmündigungssachen.
Wiederaufnahme des Verfahrens 541—554, 77. Zur Instanz gehörig 163, vor dem Amtsgericht 462. Einstellung der Zwangsvollstreckung 647.
Wiedereinsetzung in den vor. Stand. Keine solche auf Grund der Rechte der Minderjährigen 210. W. bei Nothfristen 211, 213, bei Einspruchsfristen 211. Frist für den Antrag 212, 213. Antrag 214. Entscheidung 215. Verfahren 216. Anfechtung und Kosten 216. Verhandlung vor dem Amtsgericht 462. Einstellung der Zwangsvollstreckung 647.
Wiedereröffnung der Verhandlung 142.
Willenserklärung. Verurtheilung zur Abgabe 779.
Wirthe. Streitigkeiten mit Reisenden 649 Nr. 3.
Wirthschaftsgeräthe. Pfändung 715 Nr. 5.
Wittwenpensionen. Pfändung 749 Nr. 7.
Woche. Fristberechnung 200.

Digitized by Google

Wohnsitz. Gerichtsstand 13. Militärpersonen 14, 15. Erwählter W. nach französischem und badischem Recht E. G. 15 Nr. 5.
Wohnung. Zwangsvollstreckung 678, 679. Vernehmung von Zeugen 340.
Wortentziehung 127, 143.

Z.

Zahlungsbefehl, bedingter 628, 632, 633, 639, 641, s. **Mahnverfahren.**
Zahlungsfristen. Unzulässigkeit der Gewährung solcher durch den Richter E. G. 14 Nr. 4.
Zahlungsort. Gerichtsstand im Wechselprozeß 566.
Zeugen, Zeugenbeweis 338—366. Benennung neuer Z. nach Erlaß des Beweisbeschlusses 339 Beweisaufnahme 340. Vernehmung der Landesherren und der Mitglieder der Fürstl. Familie Hohenzollern 340, von Beamten über Amtsgeheimnisse 341. Ladung 342, von Militärpersonen ꝛc. 343. Vorschuß 344. Nichterscheinen 345, 346. Vernehmung des Reichskanzlers, der Minister ꝛc. 347. Zeugnißverweigerung 348, 349. Verfahren bei solcher 351—354. Strafen unbegründeter Weigerung 355, 597. Beeidigung 356, in Ehesachen 577, in Entmündigungssachen 611. Eidesformel 357. Unbeeidigte Vernehmung 358. Gesonderte Vernehmung 359. Konfrontation 359. General- und Glaubwürdigkeitsfragen 360. Fragerecht der Parteien 362. Wiederholte Vernehmung 363. Verzicht auf Zeugen 364. Versäumniß und Reisekosten 366. Beschwerden der Zeugen 532. — Restitutionsklage gegen falsches Zeugniß 543 Nr. 3, 544. — Z. im schiedsrichterlichen Verfahren 861, 862. Protokollirung der Aussagen 146 Nr. 3, 147. Zuziehung von Z. bei der Pfändung 679.
Zeugeneid 356, 357, 363. Vertretung 543.
Zeugnißverweigerung 348—350. Verfahren 351—354, 365, 597.
Zeugnißzwang 345, 355, 365, 397.
Ziegen. Pfändung 715 Nr. 3.
Zinsen. Nichtzusprechung ohne Antrag 279.
Zufall, unabwendbarer. Wiedereinsetzung 211 ff., s. **Wiedereinsetzung.** Aussetzung des Verfahrens 224, 302.
Zugeständniß, s. **Geständniß.**
Zurückbehaltungsrecht des Vermiethers. Vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils 649 Nr. 1.
Zurücknahme der Klage 243, des Einspruchs 311, der Berufung 476, der Revision 529. Abstehen vom Urkundenprozeß 559.
Zurückschiebung des Eides 413—415, 417, 418, 421—423, 432—436, 495.
Zusammenhängende Sachen. Verbindung der Prozesse 138, 141.
Zusammenrechnung der Streitgegenstände 5.
Zuschlag bei Versteigerungen 718, 721. 757.
Zuständigkeit, sachliche, der Gerichte 1—11, 249, 466, nach dem Werthe des Streitgegenstandes 2—9. Rechtskräftige Entscheidung über die Zuständigkeit 11. Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das Obergericht 36 Nr. 5, 6, E. G. 9. Vereinbarung über die Z. 39. Wirkungslosigkeit derselben 40. Einfluß der Rechtshängigkeit 235 Nr. 2. Unzuständigkeitseinrede 247 Nr. 1, 249. Unrichtige Annahme der Z. als Revisionsgrund 513 Nr. 4. Z. für Nichtigkeits- und Restitutionsklagen 547, in Ehesachen 568, in Entmündigungssachen 594, im Mahnverfahren 629, für Klagen im Vertheilungsverfahren 765, in Arrestsachen 799, 807, 822, für einstweilige Verfügungen 816, im Aufgebotsverfahren 823, 839, im schiedsrichterlichen Verfahren 871, für die Revision E. G. 7.
Zustellungen 152—190. Durch Gerichtsvollzieher 152 ff., unter Vermittelung des Gerichtsschreibers 154. Uebergabe des zuzustellenden Schriftstücks 155, bei vorbereitenden Schriftsätzen 124. Vermerk der Zeit der Uebergabe 155, Uebergabe bei Ausfertigungen 156, beglaubigter Abschriften ꝛc. 156, an den gesetzlichen Vertreter 157, an die Vorsteher von Behörden ꝛc. 157 (169), an die militärischen Vorgesetzten 158, an Generalbevollmächtigte und Prokuristen 159, Zustellungsbevollmächtigte 160 ff., 161, an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten 162 ff., von Rechtsmitteln 164. — Ort der Z. 165. Z. an Hausgenossen, dienende Personen, den Hauswirth 166, durch Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei ꝛc. 167, Z. an Gewerbetreibende, Anwalte ꝛc. 168. Annahmeverweigerung 170. Z. an Sonntagen ꝛc. 171. Z. an den Vertreter mehrerer Betei-

Digitized by Google

ligten 172. Zustellungsurkunde 173. Inhalt 174, 175, durch die Post 176 bis 179. Richterstattungsfähige Zustellungskosten 180. Z. von Anwalt zu Anwalt 181, im Auslande 182, an Exterritoriale 183, an Militärpersonen im Auslande oder bei mobilen Truppen ꝛc. 184, 185, öffentliche Bekanntmachung 186, 187, 188. Wirkung einer öffentlichen Zustellung 189, als Beginn des Fristenlaufs 190, 198, 304, 477, 514, 549. — Z. nach dem Tode des Anwalts 221. Z. von Urtheilen 283, 288, 582, von Gerichtsbeschlüssen 295, in amtsrichterlichen Prozessen 458, 459, 460, 462, 463, in Entmündigungssachen 602, 619, 623, bei der Zwangsvollstreckung 671, 672, 683, 730, 739—743.

Zustellungsbevollmächtigter 161.

Zwangsenteignung. Verfahren E. G. 15 Nr. 2, 34, 160, 161, 164, 172.

Zwangsmittel gegen Zeugen 345, 355, gegen Sachverständige 374.

Zwangsvollstreckung.

1. Z. aus rechtskräftigen oder vorläufig vollstreckbaren Endurtheilen 644, 502. Eintritt der Rechtskraft 645. Zeugnisse hierüber 646. Wiedereinsetzung oder Wiederaufnahme 647. Sicherheitsleistung 647. Verfahren bei nachgesuchter vorläufiger Vollstreckbarkeit ohne Antrag 648, auf Antrag 649, 650. Abwendung bei unersetzlichem Nachtheil für den Schuldner 651. Sicherheitsleistung 652, 653. Ergänzung des Urtheils 654. Verfahren in der Berufungsinstanz 656. Folgen der Einlegung von Rechtsmitteln 657. Eintragung im Grund- oder Hypothekenbuche 658. Hinterlegung des gepfändeten Geldes 659. Vollstreckbarkeit ausländischer Urtheile 660, 661. Vollstreckbare Ausfertigung von Urtheilen 662. Vollstreckungsklausel 663, 666, bei bedingten Urtheilen 664, 666, gegen Rechtsnachfolger des Schuldners 665, 666. Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel 667, 668. Ertheilung weiterer vollstreckbarer Ausfertigung 669. Bemerkung auf der Urschrift des Urtheils 670. Beginn der Z. 671, bei betagten und bedingten Ansprüchen 672. Z. gegen Militärpersonen 673, 699. Vollstreckung durch Gerichtsvollzieher, Mitwirkung des Gerichtsschreibers ꝛc. 674, 680. Z. zur Nachtzeit und an Sonntagen 681. Protokoll über die Z. 682, 683. Vollstreckungsgericht 684. Entscheidung über die Art der Z. und das Verfahren bei derselben 685. Einwendungen bezüglich des Anspruchs 686. Einwendungen bezüglich der Voraussetzungen der Ertheilung der Vollstreckungsklausel 687. Entscheidung über die Einstellung 688, 689. Intervention Dritter gegen die Z. 690. Einstellung 691, 692. Tod des Schuldners 693, 694. Z. gegen den Nachlaß des Nachlaßkurators 694. Z. gegen den als Erbe verurtheilten Beklagten, Berücksichtigung der Rechtswohlthat des Inventars 695, 696. Kosten der Z. 697. Z. im Requisitionswege 698, gegen Militärpersonen ꝛc. 699. Z. im Auslande 700, durch Konsuln 700 Abs. 2. Sofortige Beschwerde über Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren 701.

2. Z. außer dem Falle eines rechtskräftigen oder vorläufig vollstreckbaren Endurtheils 702. Verfahren 703 ff. Zulässigkeit von Einwendungen 704 Abs. 2. Vollstreckung von Vollstreckungsbefehlen 704. Vollstreckbare Ausfertigung von Urkunden 705. Intervention Dritter 705. Vorbehalt für die Landesgesetzgebung 706. Z. aus einem Schiedsspruch 868.

3. Z. in das bewegliche Vermögen 708—754. Pfändung 708, Priorität durch frühere Pfändung 709, 710. Offenbarungseid 711. — Pfändung körperlicher Sachen. Wegnahme 712, 713. Pfändung von Früchten 714. Unpfändbare Gegenstände 715. Versteigerung 716, 717, 718, 719. Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher 720. Zuschlag von Gold- und Silbersachen 721. Verkauf von Werthpapieren 722, 723, 724. Versteigerung von Früchten 725. Ausnahmsweise Verwerthung 726. Pfändung 727, 728. — Z. in Forderungen und andere Vermögensrechte 729—754. Vollstreckungsgericht 729. Pfändung einer Geldforderung 730. Eintragung in das Hypothekenbuch 731. Pfändung von Wechselforderungen 732, von Gehalt und fortlaufenden Bezügen 733. Pfändung des Diensteinkommens bei Versetzung oder Gehaltserhöhung 734. Anhörung des Schuldners 735. Ueberweisung der Forderungen an den Gläubiger 736, 737. Hinterlegung des Betrages 738. Verpflichtungen des Drittschuldners 739. Einklagung durch den Gläubiger 740, 741. Verzicht des Gläubigers 742. Verwerthung bedingter Forderungen 743. Vorläufige Inhibition 744. — Z. in Ansprüche auf Herausgabe ꝛc. körperlicher Sachen 745. Nichtpfändbarkeit beweglicher Sachen 746, unbeweglicher Sachen 747.

Digitized by Google

Unzulässigkeit der Ueberweisung derartiger Ansprüche an Zahlungsstatt 748. Forderungen 749. Hinterlegung einer für mehrere Gläubiger gepfändeten Geldforderung 750, 751—756. — Zwangsvollstreckung im Nutzungsrechte 754.

4. Z. in das unbewegliche Vermögen 755—757. Vollstreckungsgericht bei Zuständigkeit verschiedener Amtsgerichte ꝛc. 756. Anwendung landesgesetzlicher Bestimmungen 757.

5. Vertheilungsverfahren 758—768. Aufforderung an die Gläubiger 759. Theilungsplan 760. Termin zur Erklärung über den Theilungsplan 761. Verfahren nach Eröffnung des Vertheilungsplans 762. Ausbleibende Gläubiger 763. Anfechtungsklage 764. Gerichtsstand 765. Urtheil 766. Versäumnißurtheil 767. Ausführung des Vertheilungsplanes 768. Hinterlegung im Falle des Arrests 810.

6. Z. zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen 769—779. Wegnahme der Sache 769. Z. auf Leistung vertretbarer Sachen 770. Z. auf Herausgabe unbeweglicher Sachen oder bewohnter Schiffe 771. Ueberweisung des Anspruchs 772. Erwirkung der Vornahme von Handlungen durch einen Dritten 773, 774. Erwirkung von Unterlassungen 775. Verfahren 776. Widerstand des Schuldners 777. Leistung des Interesse 778. Abgabe von Willenserklärungen 779.

7. Offenbarungseid und Haft 780—795. Zuständigkeit des Amtsgerichts 780. Verfahren 781. Haft zur Erzwingung der Eidesleistung 782, 783. Nochmalige Leistung des Offenbarungseides 784. Unstatthaftigkeit der Haft 785. Unterbrechung der Haft 786. Ort der Vollstreckung 788. Haftbefehl 789. Verhaftung 790. Verhaftung von Beamten 791. Haftkosten 792. Haft gegen Militärpersonen 793. Dauer der Haft 794, 795.

8. Arrest und einstweilige Verfügungen 796—822. Zulässigkeit und Erneuerung 796. Dinglicher Arrest 797. Persönlicher Sicherheitsarrest 798. Gerichtsstand 799. Gesuch 800. Verfahren und Entscheidung 801, 802. Hinterlegung eines Geldbetrages zur Aufhebung des Arrestes 803. Widerspruch gegen den Arrestbeschluß 804. Entscheidung über den Widerspruch 805. Frist zur Klageerhebung in der Hauptsache 806. Aufhebung des Arrestes wegen veränderter Umstände 807. Vollziehung des Arrestes 808, 809. Unstatthaftigkeit 809. Vollziehung des Arrestes in bewegliches Vermögen 810. Vollziehung in unbewegliches Vermögen 811. Vollziehung des Sicherheitsarrestes 812. Aufhebung eines vollzogenen Arrestes 813. Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen 814. Verfahren 815. Gerichtsstand 816. Bestimmung der einstweiligen Verfügungen 817. Aufhebung gegen Sicherheitsleistung 818. Regelung eines einstweiligen Zustandes 819. Verfahren in dringenden Fällen 820. Bestimmung des Gerichtsstandes 821. Recht des Vorsitzenden zur Entscheidung dringender Gesuche 822.

9. Landesgesetzliche Vorschriften über Z. wegen Geldforderungen gegen den Fiskus ꝛc. E. G. 15 Nr. 4. Erledigung von Z. nach früheren landesrechtlichen Bestimmungen E. G. 21. Z. aus Urkunden nach früheren landesrechtlichen Bestimmungen E. G. 22.

Zwischenstreit. Zustellung der Schriftsätze 123. Zwischenurtheil 275. Versäumnißurtheil 312, bei der Beweisaufnahme vor dem beauftragten ꝛc. Richter 331. Leistung zugeschobener Eide 426. Z. vor dem Amtsgericht 462.

Zwischenurtheil 275, 289, 312, 315. Bei Nebenintervention 68. Wirksamkeit bei Zeugnißverweigerung 352. Ueber Eidesleistung 426, 427.

Digitized by Google

II.

Register zu den Entscheidungen.

Die Zahlen verweisen auf die Seiten.

A.

Abgaben, öffentliche, Begriff 735, Zuwiderhandlung gegen Erhebung derf. 87. „Ansprüche in Betreff öffentlicher Abgaben" Begriff 734.
Ablehnung des Richters wegen Befangenheit 94. Verfahren 95. Von Zeugen und Sachverständigen 435.
Abrechnung, Anspruch hieraus 471.
Abschlagszahlung 1130.
Abschriften von Akten, Bezahlung aus der Staatskasse bei Armenrecht 212. Unentgeltliche im Armenrecht 467. Aus requirirten Prozeßakten 467.
Absonderungsberechtigter 900.
Abweisung der Klage wegen Mangels ordnungsmäßiger Klage 340.
Abwesender, Vertreter desselben im Prozeß 102.
Actio legis Acquiliae 80, hypothekaria 823, judicati 911, 916, utilis bei der Ueberweisung einer Forderung 1027.
Adventitienprozeß, Hauskind nicht Zeugen 550.
Aenderung der Klage s. Klageabänderung. Des bedingten Endurtheiles in Folge Ablebens des Schwurpflichtigen 634.
Agentur, Gerichtsstand 49.
Akten, durch Verbringung derselben entstandene Kosten 153. Benutzung adhibitirter bei der Urtheilsfällung 223, 229. Bezugnahme hierauf 229. Verweisung auf solche im Urtheil 495. Erholung im Urkundenprozeß 830.
Akteneinsicht, Erstattung von hierdurch entstandenen Kosten 153.
Aktiengesellschaft, ausländische, Konkurs, Klage gegen dieselbe, Gerichtsstand 62 ff. Unterbrechung des Rechtsstreites 325. Vertretungsbefugniß im Prozeß 410.
Aktivvermögen 995 ff.
Alimentationsforderungen 41, 1037. Zuerkannte Renten des Verletzten nicht hierher gehörig 1039.
Alimentationspflicht gegenüber Familienangehörigen 1139.
Alimentationsverbindlichkeit 1139 ff.
Alimente, kein Unterschied zwischen rückständigen und laufenden bezüglich deren Pfändbarkeit 1039.
Alimentenklagen der Kinder gegen Eltern 17. Verbindung mit der Vaterschaftsklage 243.
Alsbald 355.
Altentheilsleistungen 1041. Bäuerliche 1041.
Amtsrichter, einzelner, Zuständigkeit desselben 648.
Anerkenntniß 489. Keine Feststellung im Sitzungsprotokoll nothwendig 249. Verurtheilung auf Grund eines A. 489. Aufnahme ins Sitzungsprotokoll 489.
Anerkennung, sofortige 170.
Anfechtungsklage, Gerichtsstand 83, gegen den Vertragsgenossen des Schuldners und den Rechtsnachfolger 635, einer Entmündigung 883 ff., 889. Bei Entmündigung wegen Verschwendung 890, des Konkursverwalters 993, des Konkursverwalters gegen ein Vollstreckungsurtheil 1057.
Anfechtungsrecht der R. K. O. 80.
Angriffsmittel 424 ff., neue in der Berufungsinstanz 684.
Annahme von Eiden s. Eid.
Anordnungen des Verwaltungshofs, Revision 742.

Digitized by Google

Anschluß an die Berufung 667, an die Revision in Entmündigungssachen 886.
Anschlußberufung 667. Form 668 f. Berufungsanschließung.
Anschlußpfändung 1017 f.
Anspruch, Begriff 238, 684. Grund desselben 481, nach Grund und Betrag 480, erhobener 685, vererblicher 876. A. auf Herausgabe einer Sache gegen einen Dritten. Ueberweisung desselben 1060.
Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen, Streitgegenstand 36, neue in der II. Instanz 684, 685, 850 ff., in Betreff öffentlicher Abgaben 734.
Anspruchspfändung 1034.
Anbieter, letztbietender 1013.
Anträge 466. Inhalt derselben 228, der Klagen 333 ff., 851 f. Erweiterung derselben in der II. Instanz unzulässig 680.
Anwalt als Substitut eines anderen 267. Zustellung von Anwalt zu Anwalt 296 ff. Beweis und Gegenbeweis für eine solche Zustellung 299 f., 304 Schriftliche Bescheinigung über eine solche Zustellung 304, Schreibfehler hierin 304. Unzulässigkeit eines Uebereinkommens über Verzicht der Zustellung 304. Empfangsbekenntniß über die Z. 305. Anzeige der neuen Anwaltsbestellung 327.
Anwaltsgebühren, von wem zu zahlen? 158, durch den Verkehr mit Prozeßbevollmächtigten erwachsene 159, durch Korrespondenz durch Anwalt mit Anwalt entstanden 159, nicht nur bei bestehendem Anwaltszwang 162, bei Vertretung desselben 163. Nebenforderung, Nichtberücksichtigung bei Berechnung der A. G. 174. Berechnung bei verschiedenen Werthstheilen 175, bei Klagen auf Nichtigkeitserklärung und Aufhebung eines Immobiliarkaufvertrages 175, wenn der Anwalt seinen Wohnsitz nicht am Orte des Gerichts 175, für Beweisaufnahme bei ersuchtem Amtsgericht, wo der Anwalt seinen Wohnsitz hat 175, für Besorgung von Briefen 175. Gebühr des § 44 der Geb.-O. für R.-A 166, für Erhebung von Gelder und Werthpapieren 166, Hinterlegung von solchen 166. Zählgebühr 167, bei Erhöhung des Streitgegenstandes in Folge einer Widerklage oder Anschlußberufung 169, bei Erhebung einer Klage auf Bezahlung einer Jahresprämie aus einem bestrittenen Versicherungsvertrage 341, beim Arrest 1081 f.
Anwaltsprozeß 130 f.
Anwaltszwang 130 f., 797, für einen Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung 962.
Anweisung 961.
Arbeitslohn des Ehemannes, Unpfändbarkeit für Alimentation der geschiedenen Ehefrau 1038.
Arglist zur Begründung des Gerichtsstandes, hierauf gestützte Einrede 57.
Armenanwalt. Kostenerstattung, wenn mehrere 161. Bestellung ohne Antrag 212. Beschwerde gegen die Bestellung 212. Haftung desselben 212, 216. Recht zur Kostenbeitreibung 216. Keine Beschwerde wegen seiner Bestellung 219 f., auch kein Beschwerderecht wegen Armenrechtsbewilligung an seine Partei 220 f. Beschwerde in Betreff der Auswahl 220.
Armenpartei, kein Anspruch auf Kostenerstattung ihres Anwaltes 217. Nachzahlungspflicht 218.
Armenrecht 207., nach Erledigung der Instanz 207. Versagung 207. Voraussetzung der Bewilligung 207. Zuständigkeit der Vorprüfung 208. Der Offizialanwalt zur Ablehnung nicht berechtigt 208. Konkursverwalter keinen Anspruch hierauf 208. Befreiung von Gebührenvorschuß 209. Nichtbefreiung von Verpflegungskosten bei Haft 212. Bezahlung von Abschriften und Aktenauszügen 212. Der Prozeßbevollmächtigte hat keinen Gebührenanspruch 213. Versagung desselben 214. Wirkungen des A. 214 f. Entziehung des A. 214. Rückforderung des Kostenvorschusses 216. Beschlußfassung über Nachzahlung gestundeter Beträge 218. Nachzahlungspflicht 218. Anfechtbarkeit der Entziehung des Armenrechts 222. Gebühren bei Verwerfung der Beschwerde wegen Armenrechtsverweigerung 222. Beschwerde 790. Verpflegungskosten 1077.
Armenrechtsgesuch. Darlegung des Streitverhältnisses 213. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 314 ff.
Armenverband 1038.
Arrest 1077 ff. Anführung von Gründen im Arrestgesuch 496. Beschwerde 790, 1102. Dinglicher, durch Pfändung einer Forderung 1021. Benachrichtigung an

Digitized by Google

den Drittschuldner 1029, 1030. Veräußerungsverbot 1031. Zulässigkeit 1077 ff., zur Sicherung der Zwangsvollstreckung1079. Gegenstand bezw. Objekt desselben 1080. Durch Selbsthilfe verschaffter Gegenstand 1080. Privatvermögen des Handelsgesellschafters 1081. Berechnung des Streitgegenstandswerthes 1081. Gebühr des Anwaltes 1081 f. Prozeßgebühr 1082. Voraussetzung des dinglichen Arrestes 1083 ff. Zweck 1084. Anordnung desselben 1086 f. Zuständigkeit des Gerichts für Anordnung desselben 1086. Widerspruchsklage 1086. Entscheidung über Rechtmäßigkeit 1087. Sicherheitsanerbieten 1090 f. Aufhebung desselben 1091. Kostentragung 1094, 1108 f. Entschädigungsanspruch 1094. Widerspruch 1105 ff. Aufhebung desselben 1116. Herabsetzung desselben 1116. Berufung 1116. Vollziehung 1117 ff. Unterschied zwischen einstweiliger Verfügung 1131.

Arrestanordnungsbeschluß. Zustellung 1049. Gegensatz zum Arrestvollziehungsbeschluß 1097, 1121. Keine Rechtshängigkeit hierdurch begründet 1113.

Arrestbefehl 1079. Pfändung hierbei 935. Zustellung 935, 1118 ff., 1125. Telegraphische Zustellung 1125. Mit Unrecht erlassen 963. Vereinigung mit einem Forderungspfändungsbeschluß 1022, 1080. Vollziehung desselben 1079, 1122. Erlaß desselben 1079.

Arrestbeklagte. Wahlrecht des Gerichtsstandes 92.

Arrestbeschluß. Vollstreckungstitel 1022, mit Forderungspfändungsbeschluß 1098. Zustellung 1098 ff., 1117, 1125. Zustellung im Auslande 1100. Telegraphische Zustellung 1100. Kein Widerspruchsrecht des Gläubigers 1103.

Arrestgericht 1098. Zuständigkeit bei Entscheidung eines Widerspruchs gegen den Arrestbeschluß 1103 ff., 1106.

Arrestgesuch. Erfordernisse 1098. Erneuerung desselben 1123

Arrestgrund, mangelnder 963, 1085. Entscheidung über Rechtmäßigkeit desselben 1087. Behauptung eines solchen genügt 1088.

Arrestkaution 1091. Zurückgabe 1091 f. Beweislast 1091. Sicherstellung bezüglich der Legitimation des Empfangsberechtigten bei der Zurückzahlung 1093. Rechtsverhältniß bezüglich der Einzahlung bei der Hinterlegungsstelle 1093. Bedeutung derselben 1095.

Arrestkläger. Schadensersatz 1108 ff. Kosten der Arrestanlegung 1108 f.

Arrestprozeß. Zustellung eines richterlichen Befehls 934. Verfahren 1080. Exceptio doli 1103.

Arrestverfahren. Beginn der Zwangsvollstreckung 934. Vorläufige Beschlagnahme 1031. Beschwerde 1102.

Arrestvollstreckung. Wirksamkeit derselben 934, 1117 f., 1125.

Arrestvollziehungsbeschluß. Gegensatz zu Arrestanordnungsbeschluß 1097.

Assignation 1026, 1027.

Aufenthaltsort 44.

Aufgebotsverfahren 1145 ff. Zulässigkeit 1145 f. Oeffentliche Bekanntmachung 1147. Urkundenamortisation 1148 f.

Aufhebung 961.

Aufnahme des Verfahrens. Wirkung 328. Befugniß hierzu 328. Zeit der Zulässigkeit 328.

Aufwand, was unter dem zu ersetzenden zu verstehen 150.

Auktor. Benennung desselben 129.

Ausfertigungen des Urtheils 502, 926. Berichtigungsbeschluß 502. Vollstreckbare A. 926 f. S. noch bei „Vollstreckbare Ausfertigung".

Auskunftsertheilung 1064.

Ausland. Konkurs 325. Beweisaufnahme 539 f., 543.

Ausländer. Vermögen desselben, Gerichtsstand 58. Konkurs desselben 58 f., 60 f., 325. Verpflichtung zur Sicherheitsleistung 204, in Ehesachen 878, Forderungspfändung bei solchem 1126.

Ausländisches Gericht. Prüfung der Zuständigkeit zur Erlassung eines Urtheils 916 f.

Ausländische Urtheile. Vollstreckbarkeit derselben 909 ff., 915 f., 917. Prüfung der Zuständigkeit zur Erlassung derselben 917.

Auslagen für den Patentanwalt, von wem zu erstatten 154, der Rechtsanwälte für Reisen, Informationsreisen 158.

Ausschließung des Rechtsweges, Begriff 3, der Ausübung des Richteramts im Falle eines Prozesses gegen einen Verein, dessen Mitglied der Richter ist 94.

Digitized by Google

Aussetzung des Verfahrens, wann zulässig 243. Aufhebung derselben 244. Voraussetzung der A. 244, im Urkunden- und Wechselprozeß 244, in der Revisionsinstanz 245, im Falle des Todes 327, wenn Rechtsnachfolger vorhanden 327, auf Antrag des Vertreters einer ruhenden Erbschaft 327, bei gleichzeitig in verschiedenen Instanzen anhängigen Rechtsstreiten 328.
Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung und Rechtsvertheidigung 208.
Ausstellungszeit der Urkunde 594.
Auszug aus Akten. Bezahlung im Falle des Armenrechts 212.
Auszügler 1041, 1048.

B.

Bäume, auf dem Stamme stehende. Beschlagnahme 1006, 1007, 1121.
Baupolizeibehörde, von derselben aufgenommene Urkunde 583.
Beamte. Verfolgung derselben 7. Klage des Fiskus gegen sie 86. Klagen wegen Ueberschreitungen oder Unterlassungen im Amte 736.
Beamtengehalte. Beschlagnahme 1046.
Bedingung. Erfüllung im Laufe des Prozesses 469.
Beeidigung, nachträgliche, eines Zeugen 568.
Befehl, richterlicher. Zustellung 934.
Beglaubigung einer Prozeßvollmacht, von wem die Kosten zu ersetzen 153, des zuzustellenden Schriftstücks 259 f. Form derselben 260 f., durch den Gerichtsvollzieher 261.
Begünstigung der Gläubiger. Anfechtungsklage, Gerichtsstand 83.
Behältnisse. Begriff 946.
Behauptungen der Gegenpartei 230.
Behauptungslast 347.
Beischlafsvollziehung innerhalb einer bestimmten Zeit ist kein Rechtsverhältniß 362.
Benefizialerben 324, 971 f.
Benefiziarnachlaß. Vertheilung, Elsaß-Lothringen 989.
Berichtigung des Thatbestandes 466.
Berichtigungsbefugniß der Partei 145.
Berichtigungsbeschluß 503.
Berufung, unstatthafte, in der Hauptsache 174. Ausschließung, wenn Entscheidung mit der Beschwerde anfechtbar 222, gegen Eidesurtheil 612, gegen unrichtigerweise bezeichnetes „bedingtes Zwischenurtheil" 612, gegen bedingtes Endurtheil 622 f. Zulässigkeit 650 f., 665, gegen ein Eidesurtheil 653 f., gegen ein Zwischenurtheil 653, gegen mit der Beschwerde anfechtbare Entscheidungen 656. Verzichtleistung hierauf 657. Zurücknahme derselben 658. Beschränkung des Antrages auf Festsetzung der Kostenpflicht 658. Feststellung der Formalien bei Zurücknahme der B. 658. Wirkungen der Zurücknahme 658. Einlegung 659, 662. Einlegung vers. beim Konsul 664. Einlegung nicht gegen einzelne Bestandtheile des Urtheils 666. Anschließung an solche 667 f., gegen Purifikationsurtheile 683. Zulässigkeit, Prüfung von Amtswegen 689 f. Nachweis der Zulässigkeit durch den Berufungskläger 689 f. Zustellung 690. Mangel der Zustellung nicht gerügt 690, gegen zugestellte, aber nicht verkündete Urtheile 691. Verwerfung als unbegründet, statt als unzulässig 691 f., 695. Verspätung auf Grund einer Urtheilszustellung 691. Aenderung des Ehescheidungsgrundes 692. Devolutiveffekt 692, auf Einredebehauptungen bei einem Endurtheil auf Eid 695. Versäumnißverfahren 708. Mangelhafte Zustellung 734.
Berufungsanschließung 667. Wesen 671, bei Nichterscheinen des Berufungsklägers im Termine 667. Form 668, eventuelle Zulässigkeit 669. Abhängigmachung von einer Bedingung unzulässig 670. Für den Fall vorausgegangenen Verzichtes auf die Berufung 671, wenn für den Anschließenden die Berufungsfrist verstrichen 671, einem Streitgenossen gegenüber 671. Nichterscheinen des Berufungsklägers im Verhandlungstermine 671. Folge bei einem gegen den Berufungskläger erlassenes Versäumnißurtheil 672. Im Falle Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht 775. Zulässigkeit nach der Zurückverweisung 778.
Berufungsanträge 665 f. Wirkung derselben 673. Bedeutung der schriftlichen 673.
Berufungseinlegung in Konsularsachen 797, in Patentsachen 797.
Berufungsfrist 659. Beginn derselben 659. Unzulässigkeit einer Aenderung vers. 660. Urtheilszustellung als Voraussetzung für den Beginn 660 f.

Digitized by Google

Berufungsgericht. Demselben obligende Sachprüfung 673. Würdigung des in den Akten erster Instanz enthaltenen Prozeßstoffes 673, 675, in erster Instanz benützte Urkunden 674. Pflichten des Berufungsrichters bezüglich der Prüfung der Streitpunkte, namentlich bei mehreren Ehescheidungsgründen 675. Thatbestand I. Instanz 675, im Thatbestand des I. Urtheils bekundeten Zeugenaussagen 676. Prüfung der Aussage eines in I. Instanz vernommenen Zeugen 677. Klageänderung 677. Feststellung eines Rechtsverhältnisses 677. Schadensspezifikation 677. Prozeßhindernde Einreden 679. Einrede der Unzuständigkeit in Ehesachen 680. Erweiterung der Anträge nicht zulässig 680. Bestreitung in I. Instanz unbestritten gebliebener Thatsachen 684. Vernehmung weiterer Zeugen und Sachverständigen 684. Neu angebotener Zeugenbeweis 685. Einschränkungen des Gebrauchs neuer Beweismittel 685. Eidesannahme 686. Prüfung der Formalien von Amtswegen 689, 690 f. Keine Befugniß zu Beseitigung einer gesetzwidrigen oder unnöthigen Eidesauflage 692. Erkennen bei Eidesurtheil 692. Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung 693. Grund und Höhe der Forderung 693, wegen verspäteter Klagabweisung 693, wenn der Erstrichter auf eigener Sachkunde und Wissenschaft erkannt hat 693, vom Erstrichter unentschieden gelassene Punkte 693, in I. Instanz nicht verhandelte Streitpunkte 694. Hinzufügung eines Vorbehaltes an ein abänderndes Urtheil 694, in I. Instanz fallen gelassene Ansprüche 694, wenn in I. Instanz nur über eine prozeßhindernde Einrede entschieden 694, 698, bei mehreren Ehescheidungsgründen 695. Erledigung eines bedingten Urtheils 695. Klagenhäufung 695. Erlassung eines bedingten Urtheils 696. Nichterledigung eines bedingten Urtheils I Instanz 696, kein bedingtes Urtheil II. Instanz bei unbedingtem Urtheile I. Instanz 697. Zurückverweisung in I. Instanz 698 f. Vorabentscheidung über den Grund 700 ff. Befugniß zur Zurückweisung 705. Versäumnißverfahren 708, vom Revisionsgerichte zur Entscheidung zurückgewiesene Sache 772, 775 f. Vorabentscheidung über den Grund des Anspruches 773 f.

Berufungsinstanz. Begriff 807.

Berufungskläger. Ausbleiben desselben im Termin 689, demselben obliegt der Nachweis der Formrichtigkeit 689. Versäumniß desselben 709.

Berufungsschrift. Zustellung 663, kein Ersatz für die Klagzustellung 663. Erforderniß 663, 665. Ladung in derselben 663 f. Fehlen des Terminansatzes 664. Mangelhafte Zustellung 734.

Berufungsurtheil. Aufhebung wegen Mangels Begründung 444. Thatbestand in solchem 496, 710 ff. Ergänzung bezüglich eines übergangenen Nebenanspruchs 695. Versehen desselben mit Gründen 755. Bezugnahme auf die Gründe der I. Instanz 755. Aufhebung desselben 775. Aufgehobenes, relative Rechtskraft desselben 776 f.

Beschäftigungsort. Gerichtsstand 47.

Beschlagnahme unbeweglichen Eigenthums. Beschwerde 969, eines Grundstücks 985, vorläufige einer Forderung 1029. Bekanntgabe an den Schuldner 1029. Vorläufige im Arrestverfahren 1031.

Beschlüsse 468, des Gerichts, Verkündung derselben 517. Voraussetzung der Gültigkeit derselben 517. Rechtskraft derselben 517. Form 517. Unterschrift der Richter 517 f. Eröffnung oder Behändigung derselben 518. Begründung 789.

Beschwerde bei Festsetzung des Streitgegenstandes 27. Einreichung derselben durch einen Rechtsanwalt 139, 140, wegen Versagung des Armenrechts 141, des Restitutionsklägers 141, gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluß 141, 805. Kosten, wegen Enthebung von der Pflichtanwaltschaft 172. Kosten 172, 780, s. bei Kostenfestsetzungsbeschluß u. Festsetzungsbeschluß. — Beschwerde gegen die Kostenfestsetzung des Armenanwalts 217. B. des § 118, wem solche zusteht 209. B. wegen Versagung des Armenrechts 219. Unzulässigkeit derselben gegen einen Gerichtsbeschluß, welcher Trennung der Verhandlung anordnet 238, gegen Beschluß wegen Aussetzung des Verfahrens 246, gegen die Zulassung oder Ablehnung der Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens 329, im Berichtigungsverfahren 503, 504, in Versäumnißsachen 526, bei Fragestellung an Zeugen 570. Unzulässigkeit gegen einen die Eidesnorm ändernden Beschluß 631. Zulässigkeit 779, beim Amtsgericht anhängige Sachen 779, gegen Kostenfestsetzung ablehnenden Beschluß 779. Verhältniß zur sofortigen Beschwerde 779, keine B. gegen Unterlassungen des Gerichts 780, gegen Beschluß des Oberlandesgerichts 780. B. der

Digitized by Google

Staatskasse gegen Entsch. des Gerichts über Festsetzung des Beschwerdegegenstandes 780, bei Herabsetzung des Streitgegenstandswerths 781, bei gleichlautenden Entscheidungen der beiden unteren Instanzen 781 ff., weitere B. 783 f., 186 f. Unstatthaftigkeit weiterer B. 786 f., 789. Einlegung 792 f. Dringlichkeit 793. Form der Einlegung 793 f. Erhebung zum Sitzungsprotokoll 794. B. ohne Antrag 794. Einlegung durch einen Rechtsanwalt 795. Zuständigkeit des Gerichts 795, im Zwangsvollstreckungsverfahren 977 ff., im Arrestverfahren 1102, 1105, 1114 f.

Beschwerdegegenstand s. Streitgegenstand. Bemessung desselben 716, vom Standpunkt des Revisionsklägers aufzufassen 717. Festsetzung, Beschwerde 780. Beschwerde gegen Herabsetzung 781.

Beschwerdegrund. Neuheit desselben 787 ff., selbständiger 790.

Beschwerderecht, kein solches der Gegner wegen Zulassung der andern Partei zum Armenrecht 219, des Drittschuldners bei einer Forderungspfändung 1122.

Beschwerde, sofortige, 779, 804 ff. Verhältniß zur gewöhnlichen 779, gegen Kostenfestsetzung keine sofortige B. 805. Nothfrist, Lauf derselben 805. Einreichung beim unzuständigen Gericht 805. Einwendung vor Zustellung der angefochtenen Entscheidung 805. Unterzeichnung der B. 806. Wahrung der Nothfrist 807. Zuständigkeit des Reichsgerichts bei der Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen 1053, beim Arrest 1115.

Berichtigung des Thatbestandes. Frist für den diesbezüglichen Antrag 505, bei welchem Gericht der Antrag zu stellen 505, in der Revisionsinstanz 506. Folgen 506.

Berichtigungsbeschluß 502.

Berichtigungskosten 32.

Besitz. Begriff 991.

Besitzer, juristischer, der gepfändeten Sache 1005.

Besitzergreifung 998 ff., 1001.

Besorgniß beim Arrest 1085.

Bestellung des Anwaltes. Begriff 277.

Betheiligte am Ausgang des Rechtsstreites 566.

Betheiligung, unmittelbare, eines Zeugen am Ausgange des Rechtsstreites 567.

Betrug. Thatbestand 970.

Bevollmächtigte 130 ff., s. auch bei Rechtsanwalt. Erklärung der Klagsunterwerfung durch solche 145. Einschränkung der Vollmacht 145. Zustellung bei Konkurseröffnung 325. Unterzeichnung einer Urkunde 830.

Bevormundete. Prozeßfähigkeit 101.

Bewässerungsrecht. Störung desselben, Streitgegenstand 27.

Beweisantretung 431 ff. Ablehnung derselben wegen mangelhafter Angabe unter Beweis gestellter Thatsachen 234, durch Sachverständige 573, durch Urkunden 587 ff.

Beweisaufnahme. Prozeßleitende Verfügungen hierüber, ob hierwegen mündliche Verhandlung nöthig 224, „etwaige" 443. Beschlüsse, deren Anfechtbarkeit 534. Beweisgebühr 537, durch einen beauftragten Richter 538, im Ausland 539 f., 543. Unterlassung der Benachrichtigung des Gegners 541. Versäumnißurtheil 541. Festsetzung des Termines zur mündlichen Verhandlung 544.

Beweisbeschluß. Rügerecht 461, 462, 537 f. Bedeutung 552.

Beweisgebühr 537. Erstattungspflichtigkeit derselben 154, des Rechtsanwaltes in einem Erbschaftsprozesse 538, bei Eidesverweigerung 627, bei Eidesabnahme 643.

Beweislast 347, 436 ff.

Beweismittel 12, für Eingehung einer Ehe 431, zulässiges 437, neue in der Berufungsinstanz 611.

Beweisregeln, gesetzliche, 444.

Beweiswürdigung, freie, des Richters 436 ff. Voraussetzung derselben 439. Ablehnung eines Zeugenbeweises 440. Urkunde 442. Angabe der Gründe im Urtheil 443.

Beziehen 1043.

Bezugnahme auf Aktenstellen 223, 229.

Billigkeit. Verstoß gegen die Grundsätze derselben 745.

Brandentschädigungsgelder, zu deren Erhebung ausgestellte Urkunden 583.

Braut. Verfolgung eines Entschädigungsanspruches derselben 433.

Briefkasten. Einwerfen in solchen als Zustellung 279, 299, 660, 807.

Bücherrevisor einer Aktiengesellschaft. Sachverständiger 574.

Digitized by Google

Bürge, Befreiung desselben, 1062.
Bürgerliche Rechtsstreitigkeit. Begriff 1.
Bürgerliches Recht 881.
Bürgschaft. Wesen derselben 104.
Bußen. Vollstreckung 946.

C.

Cession 677. Beweis der Anzeige derselben 12, eines Anspruches während des Prozesses 370. Cessionsvertrag 677.
Cessibilität eines von Gegenleistungen abhängigen Forderungsrechtes 1026.
Compensationseinrede. S. bei K.
Corporation. S. bei K.

D.

Datum einer letztwilligen Verfügung, Bestreitung der Echtheit 586.
Depeschenausfertigung 585.
Depositalgebühren 906.
Devolutiveffekt der Berufung 692 ff. Ausnahmen 697 ff.
Dienstleid 458.
Dienstleidliche Versicherung 458.
Dienstleinkommen 1046.
Dringender Fall 793.
Dringlichkeit 793.
Dritter Besitzer. Widerspruch gegen Pfändung 955, 963.
Drittschuldner. Beschwerderecht 1122.
Duldung. Erwirkung durch Zwangsvollstreckung 1067 ff., 1079.

E.

Echtheitsbeweis 594.
Edition von Urkunden. Pflicht hiezu 588.
Editionseid 590.
Ehe. Ungültigkeitserklärung 844, 873 f. Nichtigkeitserklärung 873 f. Antragstellung seitens eines Kurators des Wahn- oder Schwachsinnigen 873.
Ehebruch 864. Beweis 17. Eidesleistung 868. Interventionsklage 957, 965.
Ehefrau. Gerichtsstand 46. Prozeßfähigkeit derselben 101 f. Verurtheilendes Erkenntniß 927, 934. Rentenentzug seitens der Gläubiger 1042. Geschiedene, Alimentirung derselben 1140.
Ehegatten. Prozeßführung gegen einander, Bezahlung der Prozeßkosten 157.
Ehemann. Kautionsleistung 205. Entfernung von seiner Frau 845.
Ehesachen 843 ff. Geltendmachung neuer Klaggründe in der Berufungsinstanz 678. Revision 747, 770. Gerichtsstand 843 f. Feststellungsklage 844. Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens 844 f. Ausländer, Gerichtsstand 844. Gerichtsstand wegen böslicher Verlassung 845. Gerichtsstand des Wohnsitzes 845. Beweisführung 846. Gerichtsstand des Landesherrn 846. Wahnsinn des jüdischen Ehemannes 846. Ehedomizil 846. Staatsanwaltschaft 847. Sühneversuch 847 ff. Häufung der Klagegründe 849 f. Aenderung des Klageantrages 849. Wechselseitige Einwilligung 850. Neue Klaggründe in II. Instanz 850 f., 852 f. Klageverbindung 856 f. Einstweilige Verfügungen 858. Klage wegen Kindererziehung 860. Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens 863. Verfahren 864. Urtheilszustellung 869 f.
Ehescheidung 843 f. S. Ehesachen.
Ehescheidungsgrund, ob Strafurtheil ein solcher 11. Unerlaubter Umgang 17. Wahnsinn des jüdischen Ehemannes 846. Häufung 849. Neuer in II. Instanz 850 f., 852 f., 855 f.
Ehescheidungsklage 844, in II. Instanz 850 f., 854. Antrag 851.
Eheschließung. Beweisführung 432, 442.
Eid im Anfechtungsprozesse 111. Abnahme desselben vom Prozeßgericht oder einem auswärtigen Gerichte 537. Berufung und Hinweisung hierauf 578. Zulässigkeit 595, über Hingabe eines Darlehens 596, über Nichtwissen 597, über Rechnungsresultat 598, über Besitzhandlungen 598. Unstatthaftigkeit der unbegründeten Hinzufügung von Zusätzen 599, über Handlungen des Vertreters des Rechtsvor-

Digitized by Google

gängers 600. Erklärung hierauf 604 f. Erkennen durch bedingtes Endurtheil 609. Kosten für die Abnahme 609. Erkennen auf solchen bei mehreren Einreden 612. Wirkung desselben 625. Abnahme des Eides 643. Erkenntniß hierauf, Berufung dagegen 653. Abnahme in der Berufungsinstanz 686, im Wechselprozeß 831, im Urkundenprozeß 837. E. über Ehebruchshandlungen unstatthaft 868.

Eidesantrag. Abweisung als Revisionsgrund 599.

Eidesfolge. Feststellung derselben 614 ff., 618 f.

Eidesformel. Aufnahme von Rechtsbegriffen in solche 595, von Thatsachen des ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertragsabschlusses 598. Berichtigung derselben 628 f., 630 f. Formulirung 644.

Eidesleistung. Einfluß auf eine andere Streitsache 625, auf die mit dem Nachverfahren verbundene Klage auf Herausgabe der Urkunde 626, bei zwei verbundenen Prozessen 626, im Urkundenprozeß nach Umleitung der Sache in das ordentliche Verfahren 626. Gegenbeweis 626, nicht vor dem Prozeßgerichte 643. Ort der Eidesleistung 644. Wirkung für die Berufungsinstanz 687, über Ehebruchshandlungen 868. Gebühr bei der Vertretung hierbei 548, des Anwalts in eigener Sache, Gebühr 548. Bestimmung des Ortes 609.

Eidesnorm 606 f. Berichtigung derselben 628 f. Aenderung derselben 630.

Eidespflicht. Zugeständniß der Verletzung derselben 626. Wiederaufnahme des Verfahrens wegen Verletzung der Eidespflicht 810.

Eidesstattliche Versicherung, schriftliche, eines Zeugen 458 f.

Eidesweigerung 626 f., beim Berufungsgericht 627, aus religiösen Gründen 645.

Eideszuschiebung. Veranlassung hiezu nicht Sache des Richters 233. Zulässigkeit 595, über Urtheile 596, über Darlehenshingabe 596, über den Werth einer Sache 596, über innere Thatsachen, z. B. bona oder mala fides 597, über ein Rechnungsresultat 598, über die Thatsache wörtlicher Erbschaftsantretung 598, über Ehebruch 598, über den Tod eines Menschen 599, über facta aliena 602, über Thatsache der Eideszuschiebung 602, bei einer Unwahrscheinlichkeit der Parteibehauptung 603, gegenüber einem Urkundenbeweise 603. Einigung der Parteien hierüber 604, des Pfändungspfandgläubigers als Nebenintervenienten 604. Ersetzung derselben in der Berufungsinstanz durch andere Beweismittel 605, an eine juristische Person 636, an die Mutter als Vertreterin des Kindes 636, an eine Gesellschaft 636, an Gesellschafter 637, an Liquidatoren 637, bei einer kollegialischen Behörde 637. Restitutionsklage 814, über Echtheit der Unterschrift 830, im Ehescheidungsprozeß 864.

Eigenthümer ungültig gepfändeter Sachen keine Widerspruchsklage 968.

Eigenthumserwerbsgesetz 1130.

Eigenthumsklagen, in der Zwangsvollstreckung 1067 f.

Eigenthumsstörung, Zwangsvollstreckung 1067 f.

Einhebungsgebühr des Anwaltes 160.

Einrede, prozeßhindernde 384 ff., mangelnder Prozeßlegitimation 384, exceptio spolii 384, der mangelnden Parteifähigkeit 385, 410, 412, des unzuständigen Gerichts 385 f., bei erneuerter Anstellung im Falle zurückgenommener Klage 408, der Prozeßkostenerstattung 408 f., der res judicata 507 ff. Einrede der Rechtshängigkeit 513, der Klagänderung 514, Beschränkung der Verhandlung auf eine von mehreren 612, Vorbehalt der Entscheidung über solche im Eidesurtheil 619. Berücksichtigung im Läuterungsverfahren 620, im Urkunden- und Wechselprozeß 834 f., Verwerfung derselben wegen Illiquidität 835, veränderte Begründung derselben 958.

Einspruch ist kein Rechtsmittel 182, bei Versäumnißurtheil 527. Zeit der Einlegung bei Versäumnißurtheil 527 ff. Prüfung desselben 530. Entscheidung desselben 530. Verhandlung über solchen 531. Zurücknahme desselben 532. Verzicht auf solchen 532.

Einstellung der Zwangsvollstreckung 961, ohne Sicherheitsleistung 962.

Einstweilige Verfügungen im Ehescheidungsprozeß 858, 561, 870 f., betreffs der Verpflegung und Erziehung der Kinder 870.

Einweisung im Gegensatz zu Ueberweisung 1025.

Einwendungen im Zwangsvollstreckungsverfahren s. dortselbst. Begriff des Ausdrucks „Einwendungen" 957, gegen die Zwangsvollstreckung 957 ff., veränderte Begründung derselben 958.

Eisenbahn. Gerichtsstand 49.

Digitized by Google

Eisenbahnstationen. Gerichtsstand 50.
Eisenbahnverwaltung 412.
Endurtheil 467 ff. Begriff 468, 654 f. Gegensatz zu Zwischenurtheil 468. Bedingtes 609, 614 ff., 655, bedingtes, Gerichtskosten 623. Zurückverweisung der Sache in die I. Instanz 714. Reise hierzu 778.
Enteignung von Grundstücken. Gerichtsstand 15. Verfahren 15.
Entfernung des Schwurpflichtigen vom Sitze des Prozeßgerichtes 536, 537.
Entmündigter. Vernehmung in öffentlicher Sitzung, Revision 752, 888.
Entmündigungsantrag 881 f.
Entmündigungssachen 843 ff., 879 f. Beschluß 518. Zustellung desselben 518. Klage des Ehemanns auf Aufhebung der Entmündigung 881. Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses nach dem Tode des Entmündigten 884. Antrag auf Wiederaufhebung einer Entmündigung wegen Geisteskrankheit 884. Revision 886. Zustellung eines Schriftsatzes bezüglich der Einlegung eines Rechtsmittels 887. Wiederaufhebung der Entmündigung 889. Anfechtungsklage 889, wegen Verschwendung 889 f.
Entmündigungsverfahren 885. Revision 885. Anschlußrevision 886.
Entschädigungsanspruch beim Arrest 1094.
Entschädigungsklagen beim Arrest 1094.
Entscheidungen, durch welche die Aussetzung des Verfahrens angeordnet wird 329. Begriff 687, 901, des Gerichtsschreibers 800, 901
Entscheidungsgründe. Bedeutung derselben 185. Trennung vom Thatbestand 494 f., 497. Mangel an solchen 497, 753. Widerspruch zwischen diesen und dem Thatbestand 497. Nothwendigkeit derselben 753. Mangelhaftigkeit 753. Unverständlichkeit 754.
Epiphaniastag kein Feiertag 948.
Erbbescheinigung. Ausstellung von solcher 2.
Erbe. Haftung desselben, Einwendungen hieraus 958. Klage wegen Erbschaftsschulden 972.
Erbeinsetzung 747.
Erblasser, dessen Verordnung über Unpfändbarkeit von Nachlaßgegenständen 1043.
Erbschaft. Pfändung eines ungetheilten Antheiles 1048.
Erbschaftsergänzungsklage 20.
Erbschaftsgläubiger 971 f., 973.
Erbschaftsklage 243.
Erbschaftsschulden. Haftung hiefür 971.
Ergänzung des Urtheils 506 f., 662. Rechtsmittel 506 f., 662.
Erheblichkeit, rechtliche 949.
Erkenntniß. Begriff 911.
Erklärungen der Parteien 230, 466, s. auch Fragerecht des Richters.
Erlös 994.
Errungenschaftsgemeinschaft, deutsches Recht, Revision 743.
Ersatzzustellung 279 ff. Heilung von Mängel derselben 280. Wesen derselben 281, wenn an dem Prozeßgegner geschehen 282, wann zulässig 282, s. noch bei Zustellung.
Erstattung des auf Grund eines vollstreckbaren Urtheiles Gezahlten, Antrag hierauf 907.
Erwachsener 282.
Erziehung der Kinder bei Ehescheidung 860. Anspruch hierauf 861.
Exceptio s. Einrede, präjudicii 424, plurium concubentium 433, rei judicatae 911, 919 f., doli im Arrestprozeß 1103.
Exekution. Gegenstand 967.
Exekutionsinterventionsklage 956.
Expropriationssachen 15, 444 ff. Streitgegenstand 26, 27, 444. Sachverständigengutachten 579.

F.

Fälligkeit des Klaganspruches bis zum Urtheil 469.
Feiertage, allgemeine 287, politische 287, Immobiliar-Zwangsversteigerung 948, kirchliche 949.
Festsetzung der Kosten 194 ff. Umfang 194. Abhängigmachung von einer Sicher-

Digitized by Google

heitsleistung 195, hierdurch erwachsende Kosten, Erstattung derselben 196 f., wenn Armenanwalt Antragsteller 197.

Festsetzungsbeschluß. Beschwerde hiergegen, Anwaltszwang 198 f. Zustellung des Beschlusses 198, 199. Geltendmachung eines Kompensandum hiergegen 199. Begriff des F. B. 199. Beschwerde gegen einen ablehnenden Beschluß 199. Beschwerde hiergegen seitens des Rechtsanwaltes im eigenen Namen 199, 200. Beschwerderecht hiergegen 200. Beschwerde muß von einem Anwalt unterzeichnet sein 200. Beschwerde beim Reichsgericht 798. Beschwerde beim Landgericht 798.

Festsetzungsverfahren. Kosten, Erstattungspflicht 196; wenn durch Armenanwalt veranlaßt 197. Kompetenz des Gerichts 197. Beschluß, Zustellung 198. Anwaltszwang 198 f. Kosten in demselben, Entscheidung hierüber 201, wenn über die Kosten nicht oder nur unvollständig entschieden 202. Beschwerde 790.

Feststellung, thatsächliche 497.

Feststellungsklage. Wesentliche Bestandtheile derselben 332. Antrag in solcher 334 f. Erweiterung des Klagantrages 335. Zweck derselben 342, 344; kann einem hierzu Berechtigten nicht entzogen werden 342. Verhältniß zu anderen Klagen 342 f. Antrag und Angabe des Gegenstandes des erhobenen Anspruchs 343. Ueberleitung einer Feststellungsklage in eine Klage auf Erfüllung 343. Unzulässigkeit der Klagänderung überhaupt und in der Berufungsinstanz insbesondere 343, 344. Unzulässigkeit derselben 344. Feststellungsurtheil unterliegt keiner Zwangsvollstreckung 344 f. Abweisung einer negativen Feststellungsklage 346. Gerichtsstand der F. Kl. 346. Beweislast 346. Zulässigkeit derselben 349 f. Unstatthaftigkeit derselben 350. Voraussetzung, rechtliches Interesse 350 ff.; wegen noch nicht fälliger Forderungen 351. Klage des Schuldners gegen den Zedenten auf Feststellung der geschehenen Tilgung der Schuld 354; noch nicht fälliger bestrittener Anspruch 354. Entscheidung einer Rechtsfrage 355. Verurtheilung zu einer Leistung 355. F. zur Beseitigung der Ansprüche auf eine Forderung 356. Anspruch eines Pfandgläubigers auf vorzugsweise Befriedigung 396. Kl. gegen einen Bergwerksbesitzer 357, auf Anerkennung einer Gegenforderung 357, auf sachliche Ansprüche aus bestehenden Rechtsverhältnissen 357, auf Anerkennung der Kündbarkeit einer Forderung 357, auf Anerkennung der Zahlungspflicht nicht fälliger Coupons 358, auf Nichtmitgliedschaft einer Genossenschaft 358 f. Kl. auf Schadensersatz 359. Kl. eines Forderungsprätendenten gegen einen andern 361. Kl. auf Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Körperverletzung 361. Kl. wegen Bedrohung einer Kriminalklage 362. Kl. auf Nichtigkeitserklärung einer Ehe 362. Kl. auf Verneinung der Vaterschaft 362, auf Bestehen eines Rechtsverhältnisses gegenüber einer Testamentsanerkennung 363, auf Anerkennung einer Kirchenbaupflicht 363, auf Feststellung zur Verpflichtung der Einkommensteuerentrichtung 363. Unzulässigkeit in der II. Instanz 427. Vorabentscheidung 487. Rechtskraft 508; im Urkundenprozeß 834, in Ehesachen 844. Verhältniß zur Widerspruchsklage 963, bei einer einstweiligen Verfügung 1130.

Festtage, kirchliche 949.

Fischereirecht. Streitgegenstand 27.

Fiskus als Partei; Rechtsweg 3, des Bundesstaates als Beklagter bei Rückforderung von Abgaben, Stempel und Zöllen 47. Klage gegen Beamte 86, 389.

Flüchtige. Prozeßfähigkeit derselben 102, 636.

Forderungen. Gerichtsstand bei deren Ausklagung 56, bei noch nicht fälligen keine Klage 351, Höhe, billiges Ermessen, Revision 745, zum Vermögen gehörig 995 f.

Forderungspfändung. Vollzug 1125, an ausländischen Drittschuldner 1125.

Forderungspfändungsbeschluß. Vereinigung mit Arrestbefehl 1080, mit Arrestbeschluß 1098.

Fornikationsstrafen 11.

Forstbedienstete sind keine öffentliche Urkundspersonen 582.

Fragen an Zeugen, Unzulässigkeit der Beschwerde 570.

Fragerecht des Richters 232, 233 f. Nichtverpflichtung des Richters zur Aufmerksammachung auf die rechtliche Tragweite einer Erklärung 233. Nichtausübung desf. eine Rechtsverletzung 234 f.

Fremdes Recht 455.

Fristen. Versäumung derselben und dessen Folge für die zu erbringende Prozeßlegitimation 104; von wann zu berechnen 263. Lauf derselben, wenn ein Anwalt als Zustell. Bev. bestellt 308. Berechnung der Fr. 309, prozessualische Fr. 309.

Digitized by Google

Abkürzung und Verlängerung der Fr. 310. Verlängerung von Amtswegen, Unterlassung, keine Beschwerde hiergegen 780; nach Stunden bestimmt 843.
Früchte 1007 ff. Pfändung 966, auf dem Halm, Pfändung 1006 ff.
Fuhrkosten 151.
Futterkosten für Thiere 31.

G.

Gebührenansatz. Erinnerungen oder Beschwerden des Zahlungspflichtigen 798.
Gebührenordnung für Rechtsanwälte. Beschwerde 798.
Gebührenvorschuß. Armenrecht 212.
Gegenbeweis. Ablehnung 443.
Gegenforderung 684, nicht konnexe illiquide 241. Rechtshängigkeit der mit einer Compensationseinrede geltend gemachten? 428.
Gegenseitigkeit 919 ff. Begriff 925. G. bezüglich der Urtheilsvollstreckung 913, verbürgte, Erforderniß 919 ff., 924. Verbürgung derselben 922 ff. Beweis 925. Frankreich 921. England 921, 925. Amerika 926. Rußland 926. Oesterreich 926.
Gehilfe 286.
Geisteskranke. Entmündigung derselben 879 f.
Geisteskrankheit. Entmündigung und Aufhebung derselben s. bei Entmündigungssachen.
Geistesschwache 879.
Geldforderung. Pfändung 1020 ff. Recht des Inhabers einer solchen 1025.
Geldstrafe wegen böslicher Verlassung 956, bei der Zwangsvollstreckung 1065 f. Vergleich festgesetzt, Zwangsvollstreckung 1068.
Geltungsbereich eines Gesetzes 738 ff.
Gemeinden als Parteien. Rechtsweg 3.
Gemeinderechnungen 583.
Gemeinschuldner nicht prozeßunfähig 103; im Prozeß des Konkursverwalters 567.
Generalsubstitutionsvollmacht 267.
Genossenschaften. Verfahren wegen Auflösung, Vertretung durch einen Rechtsanwalt 1, 2. Geschäftsbücher derselben, deren Herausgabe, Streitgegenstand 27; in deren Generalversammlung aufgenommene Protokolle 585.
Genossenschaftsgesetz 8, 585.
Gericht, welchem ein abgelehnter Richter angehört. Begriff 95. Begriff überhaupt 386, 548; anderes 539, unzuständiges, Einreichung einer Beschwerde bei solchen 805, der Hauptsache, Begriff 1086.
Gerichtsbarkeit, freiwillige 2.
Gerichtsferien 319. Ertheilung einer Vollstreckungsklausel 903, vorzunehmende Handlungen überhaupt 903.
Gerichtskosten s. Prozeßkosten; bezüglich der bereits nach früherem Verfahren anhängig gewesenen Prozessen 162. Beschwerde 781, 790.
Gerichtskostengesetz. Bedeutung des Wortes „Erledigung" 624.
Gerichtskundig 454.
Gerichtsschreiber. Zustellungen, nicht als Beauftragter der Partei 256, 648, des Berufungsgerichts, Thätigkeit desselben 712.
Gerichtsstand. Was ist für die Beurtheilung maßgebend? 44. Beweis 44. G. des Wohnsitzes 44, für Klage des Geschäftsführers auf Honorarzahlung 51, der gelegenen unbeweglichen Sache 64, der Verfolgung des nutzbaren Eigenthums an einem Fideikommisgute 64, aus civilrechtlichen Delikten 85, für Anfechtungsklagen 80 ff., für Kl. gegen den für die Folgen einer unerlaubten Handlung civilrechtlich Haftenden 85. Klage aus der Hinwegnahme beweglicher Zugehörungen zu einem Hypothekarobjekte 86. Kl. wegen Verletzung des Patentgesetzes 86, einer der materiellen Grundlage entbehrenden Wechselforderung 86 Kl. des Fiskus gegen Beamte wegen Schadensersatz aus Amtsführung 86, bei beweglichen Sachen als Pertinenzien 65, bei Feststellung eines Rechtsverhältnisses 65, 78; bei Kl. aus der Hinwegnahme beweglicher Zubehörungen zu einem Hypothekenobjekte 65. Kl. auf Hypothekenlöschung 65, 66. Kl. auf Restitution gegen Verletzung in einem dinglichen Rechte 66. Baulast durch Säkularisation eines Klostergutes 67. Kl. auf Herauszahlung von Brandgeldern 67, der Erbschaft 67 f. Kl. auf Minderung einer Schenkung unter Lebenden 67. Kl. auf Nichtigkeit einer Schenkung 67.

Digitized by Google

Kl. des Vaters auf den gesetzlichen Nießbrauch aus dem Erbvermögen seiner Kinder 67. Kl. auf Gewährung eines Vermächtnisses 68, des Erfüllungsortes 68 ff. Gerichtsstand des Vertrages 69, bei Verträgen über Immobilien 69, 72, bei Pachtverhältnissen 71, bei negativen Feststellungsklagen 72. Kl. bei angefallenem gütergemeinschaftlichen Erbvermögen gegen die Wittwe 72. Kl. wegen Verlöbnißbruches 72. Kl. auf Erfüllung des Eheversprechens 73. Kl. gegen einen Beamten aus einem Verschulden in Ausübung seines Amtes 73. Kl. aus Forderungen aus vertragsähnlichen Gründen 74. Kl. aus zweiseitigen Verträgen 74. Kl. auf Erfüllung von Handelsgeschäften 74. Kl. auf Zahlung des Kaufpreises 74, 75. Vertragsauflösungsklage 75. Kaufpreisrückerstattungsklage 75. Kl. auf Empfangnahme und Bezahlung der Waare 76. Kl. beim Lieferungsvertrag 76. Kl. auf Zahlung des Mindererlöses 76. Kl. des Kommissionärs gegen den Kommittenten auf Entschädigung 76, sowie Rückzahlung des Vorschusses 76. Verbindung der Feststellungsklage wegen Nichtbestehens eines Vertrages mit der Rückgängigmachungsklage bezüglich des bereits Geleisteten 76. Rückforderungsklage 77. Aufhebungsklage 77. Kl. auf accessorische Konventionalstrafe 78. Kl. gegen den Bürgen 78. Kl. gegen den Ausländer 78. Kl. in Kouponsprozessen 78, im Falle eines Konkurses 79. Kl. aus unerlaubten Handlungen 79 ff. Kl. aus civilrechtlichen Delicten 79. Kl. aus strafbaren Handlungen 79, aus Quasidelikten 79. Wahlrecht bei mehreren Gerichtsständen 91, 92. Bestimmung des Gerichtsstandes durch's höhere Gericht, Unanfechtbarkeit des diesbezüglichen Beschlusses 92. Begründung eines ausschließlichen Gerichtsstands 93. Ausschließlichkeit desselben im Zwangsvollstreckungsverfahren 980.

Gerichtsvollzieher 96; hat die Namensunterschrift des Anwaltes nicht zu prüfen 318. Protokolle derselben als Urkunden 582; deren Berichte keine Urkunden 582. Betreibungslisten 582. Dienstregister 582 f., 585. Funktion desselben als Vollstreckungsbeamter 935 ff. Rechtsverhältniß desselben zu dem ihn mit der Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger 936 ff. Dessen Eigenschaft als Staatsbeamter 936 ff. Vertretungspflicht desselben 943 f. Haftung desselben gegenüber dem Gläubiger, von dem er beauftragt 936 ff., 944 f. Beauftragung desselben, Form? 945, 989. Beauftragung durch eine Mittelsperson 945. Pfändungsprotokoll, Aufnahme desselben 949 ff. Auftragsverhältniß zwischen ihm und dem Gläubiger, Folge hiervon 989. Empfangnahme des Strichserlöses 1015.

Geschäftslokal 279, 283, einer Handelsgesellschaft 284, des Anwalts 285, besonderes Geschäftslokal 285.

Geschäftsreise. Vergütung hierfür 163.

Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, nicht Zeuge 568.

Gesetz. Wechsel desselben 1. Geltungsbereich 738 f. Begriff 745, 746, 749, 924.

Geständniß, außergerichtliches 437, 594, gerichtliches 450 f. Wirksamkeit 451. Widerruf 452 f.; aus einem Irrthum hervorgegangenes 453. Berufungsinstanz 687; in Ehesachen 866.

Gewahrsam 990.

Gewalt, höhere 313.

Gewinn, entgangener 152. Beweis 446.

Gewohnheitsrechte 7, 455. Feststellung desselben 437, 455. Bildung derselben 742. Revision 742.

Glaubenseid 437, 607.

Glaubhaftmachung 456 ff. Gegensatz zu Beweis 456; keine Eideszuschiebung 457. Vorschlagung eines Zeugen 461; des Werthes der Revisionssumme 731 f., beim Arrest 1089.

Gleichzeitig. Begriff 935.

Größe des Anspruchs. Entscheidung hierüber 416.

Grund des Anspruchs. Vorabentscheidung hierüber 416, 481.

Grundstücke. Beweis des Schadens durch Enteignung 447.

Gutachten. Aeußerung, gutachtliche, des Anwalts, Gebühr 162. Erstattung eines solchen von mehreren Sachverständigen 571. Verweigerung desselben 575; eines Patentamtes 575. Streit über die Echtheit 577. Erholung eines Obergutachtens 578.

Gutsinventarium 986. Exekutionsgegenstand 1001, 1125.

Gutsvorräthe 986. Gegenstand der Pfändung 1001, 1125.

Digitized by Google

H.

Haft 1077, oder Geldstrafe bei der Zwangsvollstreckung 1065 f.
Haftung der Parteivertreter ꝛc. für durch grobes Verschulden veranlaßte Prozeßkosten 193.
Handakt, deren Inhalt 442. Retentionsrecht des Anwaltes 589.
Handelsbücher. Beweiskraft 9, 442, 444. Herausgabe derselben, Streitgegenstand 27, 36. Vorlegung derselben zur Beweisführung 587, 589.
Handelsgesellschaft. Zweigniederlassung 57.
Handelsregister 454.
Handlohn 735.
Handlohnsaequivalent 736.
Handlungen. Erwirkung von solchen 1062 ff., 1065.
Handlungsfähigkeit 96, der Ehefrau 97, Beschränkung derselben 97, bei bestehender Vormundschaft 98. Verzicht hierauf 98.
Handlungsgehülfe, vorzeitige Entlassung. Streitgegenstand 27.
Hauptintervention. Voraussetzung derselben 113. Fortsetzung in der Berufungsinstanz gegen eine Person 113. Zustellung derselben an die Anwälte 114. Wahl der Nebenintervention 114. Aussetzung des Hauptprozesses 114.
Hebamme 559.
Hinterlegung. Kosten 906.
Hinterlegungssumme 1102.
Honorar des Geschäftsführers. Gerichtsstand bei Klage hierauf 51.
Hülfskasse 1046.
Hypothekarrechte 678, an Pertinenzstücken 1050.
Hypothekendokument als Zubehör der Forderung 1021.
Hypothekenforderung. Anfechtung 978. Beschlagnahme 1021. Pfändung derselben 1022. Ueberweisung 1024.
Hypothekgläubiger, deren Vorzugsrechte 986, 992.
Hypothekobjektszugehörungen, bewegliche. Unpfändbarkeit 993, 1050 f.
Hypothekpertinenzien 986, 1050 f.

I.

Ideelle Antheile von Mobilien nicht pfändbar 1002.
Identität zweier Streitsachen oder Ansprüche 367.
Ignoranzeid. Unzulässigkeit desselben 607.
Immobile. Vertragsgegenstand, Notariatsurkunde hierüber 582.
Inzidentfeststellungs-Klage bezw. Widerklage 426 ff., 508, s. Feststellungsklage. Unzulässigkeit in der II. Instanz 427. Beweislast 427.
Incidentpunkte 426 ff.
Incidentstreit bei Zwangsvollstreckung 1056.
Insinuation, s. Zustellung.
Instanz, hierzu gehörig 147, 903, 1055. Begriff im Sinne der Geb. Ord. f. R. Anw. 168; was als solche anzusehen 266 f., 269 f.; höhere Instanz bei Berufungen gegen zwei verschiedene in demselben Rechtsstreite ergangene Urtheile 269 f.; höhere Instanz 271.
Interdictum quod vi aut clam. Verbindung mit der Klage auf Anerkennung des Rechts 364.
Interesse, rechtliches. Begriff 350 ff., 353, 449; können auch strafrechtliche Folgen in Betracht kommen 353; wenn das festzustellende Rechtsverhältniß schon Gegenstand einer Replik 354; auf vergangenes Rechtsverhältniß begründete Ansprüche 355; Klage hierauf 1070 f.
Interesseforderung. Zwangsvollstreckung 1070.
Interimistikum, s. einstweilige Verfügungen. I. in Ehescheidungsprozessen 858, 871, 1134.
Interlokute, s. Zwischenurtheil.
Intervenient 962.
Intervention, s. Hauptintervention, Nebenintervention.
Interventionsanspruch. Geldforderung 967.
Interventionsklage 961, 965; des Eigenthümers 964, der Ehefrau 965. Einhalt der Zwangsvollstreckung? 969.

Digitized by Google

Irrthum 453.
Judikatsklage 920.
Jüdische Ritualgesetze 456.
Juristische Person. Prozeßfähigkeit 96, 100 f.; ausländische 97, das Deutsche Reich 99.

K.

Kaufvertrag. Erfüllung desselben 1064.
Kautionsmittel 202, s. Sicherheitsleistung, Sicherheitssumme.
Kenntnißnahme, zufällige, von einem gerichtlichen Erlasse 1031
Kind. Beweis der ehelichen Zeugung 442. Zwangsvollstreckung wegen Herausgabe desselben 1058, 1063.
Kirchenrecht, protestantisches. Revision 743.
Klage. Unterwerfung unter solche, diesbezügliche Erklärungsabgabe durch einen Prozeßbevollmächtigten 145. Zustellung derselben an einen zum Prozesse nicht Bevollmächtigten 149. Abweisung derselben in angebrachter Art 231. Abweisung derselben wegen Unvollständigkeit und Unschlüssigkeit des Vorbringens 231. Erhebung derselben 330 ff. Klage zwischen mehreren Forderungsprätendenten 331. Dingliche Klage, Angabe des Grundes 332. Klage muß einen bestimmten Antrag enthalten 333, auf entgangenen Gewinn 336, auf Rechnungsstellung 336, auf Vertragserfüllung 336, auf Leistung des Interesse 336. Klage auf Scheidung von Tisch und Bett 338. Häufung derselben 363. Verbindung derselben 364. Zustellung an den Beklagten 364. Abweisung wegen mangelhafter Substantiirung 446. Unterwerfung unter solche 657. Zurücknahme 658 f., in Ehesachen 866, auf Vollstreckbarkeitserklärung 915 ff., 920.
Klageabänderung 368, 373, 678. Begriff 374. Einführung eines neuen Erwerbsgrundes bei dinglichen Klagen 337, der Eigenthumsklage durch Benennung eines andern Auktors 338, wann vorhanden 368. Bezugnahme auf andere rechtliche Beurtheilung des Klagvorbringens 368. Vertheidigungsbehelf gegen eine Einrede 368. Ersetzung der rei vindicatio durch die utilis rei vindicatio 369, bei der Paulianischen Klage 369, bei einer Anfechtungsklage 369, bei der Haftpflicht 369, bei Kl. eines Fischereiberechtigten 369, bei Cession 373, bei Forderungen mit anhaftendem Hypothekarrecht 374, bei später fälligen Forderungen 374, bei Ergänzung und Berichtigung der thatsächlichen oder rechtlichen Anführungen 374, bei Novation 374. Erweiterung des Antrages 374. Erweiterung der Sachbitte 375. Einführung eines neuen Erwerbsgrundes 376. Bezeichnung eines solchen 376, bei Zinsenforderungen 377. Kompensation und Zahlungsforderung 377. Eigenthums- und Servitutenklage 378, bei Klagen aus einer Errungenschaftsgemeinschaft 378. Nichtstatthaftigkeit der Anfechtung der Entscheidung des Nichtvorliegens einer Klageänderung 378 f., bei Vertheidigungs- oder Angriffsmitteln 424, in der II. Instanz 677.
Klageänderung, s. Klageabänderung.
Klageanmeldung 372.
Klageansprüche. Erhebung von mehreren, Trennung der Verhandlung 238. Grund derselben 337.
Klageerhebung 373.
Klagegründe 332, 337, 376, 849, bei dinglichen Klagen 332 f. Häufung ders. 364, 849 f. Begriff 514. Keine Aenderung in der Berufungsinstanz 677, im Eheprozeß 849.
Klagebeantwortung. Unterlassung der Einreichung einer solchen 383.
Klagekumulation, objektive und subjektive 726.
Klagerhebung vor der Zeit 338. Begriff 340. Wirkung derselben 365. Nachweis ders. 525. Frist nach rheinischem Recht 1057.
Klageschrift. Zustellung derselben 330. Wesentliche Bestandtheile derselben 332.
Klagsforderung. Fälligkeit derselben zur Zeit des Urtheils 338.
Klagsfundamente. Verschiedenheit derselben 337.
Klagsgegenstand. Werthsberechnung 341.
Klagszustellung, nachträgliche Genehmigung einer ungültigen 149.
Kleidertaschen als Behältnisse 946.
Knappschaftskasse 1046.
Kommissionär. Widerspruchsrecht gegen eine Pfändung 990. Pfandrecht ders. 991.
Kompensation, hierauf gestützte Forderung des Arrestbeklagten. Einfluß auf den

Digitized by Google

Gerichtsstand 57; der Prozeßkosten 169, 507, gegenüber unpfändbaren Ansprüchen 1037.

Kompensationsanspruch. Erhebung neuer Ansprüche in II. Instanz 684, gegen einen Kostenerstattungsanspruch 959.

Kompensationseinrede 428, nachträgliche gegenüber einem Kostenfestsetzungsbeschlusse 217, keine Rechtshängigkeit bezüglich der Gegenforderung 238, 428 ff. Trennung der Verhandlung 238 f., 473 f., 477 f. Nichtaufnahme in den Urtheilstenor 485, 516, gegenüber einem Kostenfestsetzungsbeschluß 958.

Kompetenz-Konflikt 390 f.

Kondemnationssumme. Festsetzung derselben 675

Konkurs 25. Vermögensgerichtsstand 58, im Ausland 58 f., 60 f.; s. Unterbrechung des Verfahrens. Fortführung eines Prozesses 325.

Konkursanspruch der Gläubiger. Verletzung desselben 80.

Konkursgläubiger 25.

Konkursrecht 25.

Konkursverwalter. Stellung im Prozeß 61. Widerspruchsklage 966 f. Anfechtungsklage 993, im Arrestverfahren 1105.

Konnexität 87. Erforderniß für die Widerklage 89.

Konsul, k. gesetzl. Vertreter seines Heimathsstaates 148. Umfang der Prozeßvollmacht eines solchen 148. Legitimation desselben in Arrestsachen 148. Berufung 664.

Konsulargericht. Urtheil desselben 494. Berufung 691.

Kontradiktorische Verhandlung, s. Verhandlung.

Kontraktsverrichtung. Erzwingung 1067.

Kontumaz, s. Versäumnißurtheil.

Konventionalprozeß 695.

Korporationen, öffentliche, als Partei. Rechtsweg 3.

Korrespondenzmandatar. Gebühren desselben 159.

Kosten. Streitgegenstand 30. Erstattung derselben, Klage hierauf, Streitgegenstand 30 Festsetzung, Beschwerderecht der Prozeßpartei 33. Was unter erwachsenen Kosten zu verstehen 150. Erstattung der im Verfahren von Amtswegen erwachsenen Kosten 153; s. bei Kostenerstattungspflicht und bei Prozeßkosten. Verbindlichkeit des Ehemanns zur Vorschießung derselben für seine Ehefrau 157; des Strafverfahrens 157, der Rechtsanwälte 158, mehrerer Rechtsanwälte 161, der Revisionsinstanz 157. Entsch. im Falle einer Widerklage 170, 171. Vertheilung von Gesammtkosten 170. Kosten im Falle einer Fälligwerdung der Forderung während des Prozesses 170; im Falle einer redaktionellen Aenderung des Urtheils 172, der Berufungsinstanz 172, der Revisionsinstanz bei zweimaliger Verhandlung der Sache dortselbst 173, des Gegners der Armenpartei 174, des Nebenintervenienten 191, wenn derselbe einen besonderen Anwalt bestellt 192, der Streitverkündung 193. Festsetzung derselben 194. Anspruch auf Erstattung 194; der Beschw. wegen Feststellung der Anwaltsgebühren, Haftung der Parteien hierfür 201, bei Entscheidungen über den Grund des Anspruchs 488, bei der Berufung 666, bei der Revision 775, der Zwangsvollstreckung und deren Beitreibung 974 f., von vollstreckbaren Ausfertigungen 976, der Zwangsvollstreckung beim Arrest 1122.

Kostenerstattungsanspruch gegenüber einem Kompensationsanspruch 959.

Kostenerstattungspflicht nur eine vorläufige, keine endgültige 154. Entscheidung hierüber im Endurtheil 154; bei einem Urtheile über den Grund des Anspruchs 155, bei Zurückweisung prozeßhindernder Einreden 155, bei Theil- und Zwischenurtheil 156, bei außergerichtlicher Anerkennung eines Anspruches 156, bezüglich der Gebühren mehrerer Armenanwälte 161, beim Wechsel mehrerer Anwälte 161, im Falle einer plus petitio temporis 170. Anerkennung derselben 171; im Falle Verwerfung der Berufung und Revision 172. Wenn nur ein Theil des Prozeßstoffes in der Berufungsinstanz erledigt 172; der Streitgenossen 188, im Verfahren nach Art. 26 H. G. B. 201. Beschwerde 790. Zwangsvollstreckung hieraus 958 ff. Kompensationseinrede 958 f. Aufgabe desselben 959. Natur und Bedeutung 959.

Kostenfestsetzungsbeschluß. Zustellung 198. Beschwerde 805; s. auch Festsetzungsverfahren und Festsetzungsbeschluß.

Kostenkompensation. Urtheilergänzung 507.

Kostenpunkt, s. Kosten. Beschwerde im Kostenpunkt 174. Unzulässigkeit der Beschwerde 174 ff., 178 ff. Entscheidung hierüber, wenn nach Einlegung eines Rechts-

Digitized by Google

mittels die Hauptsache in Wegfall gekommen ist 182. Entsch. hierüber bei Zurückweisung eines Einspruches gegen ein Versäumnißurtheil 184; hier erhobene Beschwerde gilt als Rechtsmittel 184, 186. Berufung gegen die Zurückweisung eines Ergänzungsantrages wegen einer Lücke in der Kostenentscheidung 186. Der § 94 Anwendung auf das Vollstreckungsverfahren 186 f., 188, beim Verfahren in Patentsachen 188.
Kostenseparation 171.
Kostenvorschuß, Berechnung desselben in der Berufungsinstanz 206. Verpflichtung des Beklagten hierzu 209. Rückforderung desselben in Armensachen 216; bei einer Widerklage 425, beim Zeugenbeweis 553, 554 f., beim Sachverständigenbeweis 555 f., seitens des Ehemannes 556.
Kriegsministerium 412
Kündigung der Anwaltsvollmacht 146.
Künstler. Begriff 1011.

L.

Ladung des Revisionsbeklagten 6. Recht auf vorschriftsmäßige Ladung 289. Zustellung der Ladung zur Berufungsverhandlung 296. Begriff 307. Ladungswille. Ausdruck desselben 307, ohne vorhergängige Ansetzung des Termins 338 f. Mangel der Zustellung der Ladung 808.
Landesgesetz. Begriff 5. Revisibilität desselben 5, 741, 743.
Landesgesetzgebung 3, 14 f.
Landesherrn. Gerichtsbarkeit 4.
Legitimation eines gesetzlichen Vertreters, Berücksichtigung von Amts wegen 102 f.; zur Prozeßführung, Anerkennung derselben 411.
Lehenrecht 5.
Lehrer 1012.
Leibzucht 1041.
Leistungen einer Geldsumme oder Quantität fungibler Sachen 480.
Leistungsklage. Antrag in solcher 335.
Lieferungsvertrag. Erfüllung desselben 1064.
Liquidator einer offenen Handelsgesellschaft 568.
Litisdenunciation, s. Streitverkündung.
Litiskontestation 373.
Lohnanspruch 1038.
Lohnbeschlagnahmegesetz 1038.
Lokalstatut. Revision 743.
Lübeckisches Gesetz 425.

M.

Mahnverfahren 891 ff. Zahlungsbefehl 891 f. Vollstreckungsbefehl 897 f.
Manifestationseid, s. Offenbarungseid.
Markenschutzsachen 678.
Meineid 643.
Meistbietender. Zahlungsverzug 1014.
Miethsachen. Exekution 967.
Miethzinsforderung 983, 984 f.
Minderjähriger, gegen ihn erlassenes Veräußerungsverbot 1122.
Miteigenthümer einer gepfändeten Sache 965.
Mitkläger, ursprüngliche. Beeidigung 560.
Mündliche Verhandlung. „Einleiten" derselben 227, wann solche stattgefunden 228. Begriff derselben im Sinne des § 16 der A. G. O. 228 f. Trennung derselben 238 f. bei Trennung. Förmlichkeiten 254.
Musiklehrer als Künstler 1011.

N.

Nachlaßinventar 971.
Nachlaßkonkurs 324.
Nachlaßkurator 326.
Nachverfahren im Urkundenprozeß 838. Anderer Klagegrund 838. Eid 838, im Wechselprozeß 840.

Digitized by Google

Namensunterschrift. Versäumung derselben, ob Grund zur Wiedereinsetzung 318.
Naturalerfüllung. Zwangsvollstreckung 1070.
Naturalverpflegung, bedürfnißgemäße. Unpfändbarkeit 1040.
Naturereignisse 313.
Nebenforderungen, s. bei Streitgegenstand 31.
Nebenintervenient, s. Nebenintervention.
Nebenintervention. Rechtliches Interesse hierbei 115. Zulässigkeit derselben 115. Cessionar eines Theiles des Kaufpreises 116. Bei Versäumniß der Hauptpartei 116. Einlegung von Rechtsmitteln 116. Fristberechnung hierbei 116. Kosten der Revisionsinstanz 116. Anerkenntniß des klägerischen Anspruchs 117. Einlegung von Rechtsmitteln 117 ff. Frist hierbei 119. Adzitat nicht Streitgenosse des Adzitanten 120. Nebenintervenient nicht wirklicher Streitgenosse 120 ff. Zustellung des Urtheils 121. Zustellung des Schriftsatzes bei Einlegung eines Rechtsmittels 122. Zurückweisung der N. nicht von Amtswegen 122. An wen die Zustellung des diesbezüglichen Schriftsatzes zu geschehen hat 123. Interessenangabe bei der Beitrittserklärung 123. Art der Beitrittserklärung 123. Der Streit über die Zulässigkeit der Nebenintervention ist Zwischenstreit 124. Der Nebenintervenient kann nicht Vertreter der Hauptpartei sein 124. Versäumniß des Nebenintervenienten 124. Ausspruch über Zulässigkeit der N. 124. Beschwerde hiergegen 124 f. Urtheilszustellung 125. Gebühr 125. Kosten für die Vertretung 157. Versäumnißurtheil 519. Anschlußberufung desselben 667.
Negatorische Klage 1067. Streitgegenstand 26, in der Zwangsvollstreckung 1067 f.
Neue Thatsachen und Beweismittel. Beschwerde, Anwendung auf sofortige und weitere Beschwerde 799. Ergänzung der Beschwerde durch solche 799.
Neuheit der Beschwerdegründe 787 ff.
Nichtglaubenseid 437.
Nichtigkeitsklage 21. Zulässigkeit 808. Rechtsmittel 817, in Ehesachen 872 ff. Reassumtion derselben 876.
Nichtwissenseid 437.
Niederlassung. Begriff 48 f. Gerichtsstand 49.
Nothbedarf des Schuldners 1041.
Nothfristen. Verstreichenlassen derselben kein Verzicht 120. Versäumung derselben durch ein Verschulden der Partei bei Uebergabe des Schriftstücks an den Gerichtsvollzieher 319. Unwirksame Zustellung durch den Gerichtsvollzieher 321. Ablauf derselben, Tag des Ablaufs 321. Begriff 805. Wahrung derselben durch eventuelle Einlegung einer Beschwerde 807. Beginn derselben beim Wiederaufnahmsverfahren 815.
Notariatsurkunde über ein Immobile. Beweiskraft derselben 582.
Notorietät 453. Revision 454.
Nullitätsklagen s. Nichtigkeitsklagen.

O.

Obligationen, alternative Pfändbarkeit 1040.
Oeffentlicher Glauben, hiermit versehene Personen 582.
Oeffentlichkeit. Ausschließung, Revision 752, Verletzung derselben, Nichtigkeit des Urtheils 752.
Oesterreichische Eisenbahnen. Couponsprozesse derselben 78.
Offenbarungseid 17, 18 f., 995 ff., 1072 ff. Formel 19. Ableistung 19. Erzwingung 1072 f. Beschluß über Ableistung 1073. Rechtsmittel gegen ein diesbezügliches Urtheil 1075.
Offenkundigkeit 453 f.
Offiziere, beurlaubte und à la suite gestellte, deren Gerichtsstand 45.
Ortsgebrauch 7.

P.

Pachtobjekt. Zurückgabe, Werthberechnung 36.
Parteianträge 227, 524, s. bei Anträge.
Parteifähigkeit 96, 385 Unterschied der Prozeßfähigkeit 479.
Parteivereinbarung, daß ein einzelner Rechtsbehelf unentschieden 469.
Partikulargesetz. Revision 741, 743.
Partikularrecht. Revision 743.

Digitized by Google

Passivlegitimation. Einrede der mangelnden 479.
Patentgesetz 8.
Patentsachen. Beweis 444. Berufungseinlegung 797.
Pauschgebühr. System derselben 166.
Pensionen der Wittwen 1046.
Person. Begriff 57, juristische und physische. Parteifähigkeit ders. 96, s. bei juristische Person.
Personalarrest 1090.
Personenstandsbeamter, dessen Beurkundung 433.
Personenvereine 100.
Pertinenzstücke eines Grundstückes. Zwangsvollstreckung 1049, bewegliche eines zu sequestrirenden Grundstückes 1050.
Pfandrecht 24, des Gläubigers, dessen Entstehung durch Pfändung 982. Entziehung der durch den Gerichtsvollzieher 989. Freigabe desselben 989. Vorzugsweise Befriedigung 990, des Kommissionärs 991, richterliches 998. Erlöschen durch Entfernung der Siegel? 1003. Tilgung der Pfandschuld 1004.
Pfändung 980 ff., 998 ff. Urkunde hierüber, Beweis 950, einer Forderung, Widerspruchsklagen 968. Wirkung 981 f., 1023 f., bei körperlichen Sachen 998 ff., 1031 ff. Wirksamkeit derselben 998. Besitzergreifung 998 ff. Ersichtlichmachung 998 f., ungültige, nicht gültig durch Abholung der Mobilien zur Pfandkammer 1002, bereits gepfändeter Sachen 1017, einer dritten Personen gemeinschaftlich zustehenden Forderung 1019, von Geldforderungen 1020 ff., Benachrichtigung des Drittschuldners, bei Pfändung einer Forderung 1029, 1030 f. Mittheilung einer bevorstehenden, Gebühr 1031, Frist, Berechnung bei Benachrichtigung 1031. Pf. des Anspruches auf Herausgabe einer Sache 1032 ff., eines Anspruches auf Herausgabe beweglicher Sachen 1034, einer mehreren Personen zu ideellen Antheilen gehörigen Sache 1034, eines Anspruchs auf Herausgabe unbeweglicher Sachen 1035, eines Anspruches, Begriff 1040, eines ungetheilten Antheiles einer Erbschaft 1048.
Pfändungspfandgläubiger als Nebenintervenient, Eideszuschiebung 604, dessen Vorzugsrecht 986.
Pfändungsprotokoll 949 ff. Begriff 949. Beweis 950. Erfordernisse 950.
Pfändungsverbot 1038.
Pflichtanwaltschaft. Beschwerde wegen Enthebung, Kosten 172.
Pflichttheil. Unzulässigkeit der Beschlagnahme 1019, 1048. Zinsen, Pfändung 1044.
Pflichttheilsergänzungsklage 20.
Police-Bedingung. Anfechtung der Auslegung, Revision 746.
Polizeiliche Verfügung. Klage auf Befreiung von solchen 411.
Portokosten 32.
Possessorium summarissimum 1130, 1136.
Post. Zustellung durch solche 294 ff.
Postzustellungsurkunde, fehlerhafte 294, ist öffentliche Urkunde 295. Bezeichnung der Zustellungsperson 296.
Präjudizialincidentfeststellungsklage und Präjudizialincidentwiderklage 426 ff., s. Feststellungsklage.
Präzudizialität oder Identität 1367.
Präjudizialurtheil 912.
Präsentationsvermerk. Gegenbeweis gegen solchen 807.
Privatgehalt zum Vermögen gehörig 996.
Privatgutachten eines Sachverständigen. Erstattung der Kosten desselben 160.
Privaturkunde. Beweiserheblichkeit derselben 587. Namensunterschrift, fehlende 594.
Protestkosten. Streitgegenstand 32.
Protokoll 248 ff. Formale Mängel 248. Zeugen und Sachverständige 250. Wesen desselben 253, eines Strafprozesses 441. Gegenbeweis wegen eines nicht enthaltenen Verkündigungsvermerkes 691.
Provisionskosten 32.
Provokationsklagen 342, 348.
Prozeßakten. Einsicht derselben 466 f.
Prozeßbevollmächtigter s. Bevollmächtigter.
Prozeßfähigkeit. Begriff 96 f., der Privatvereine 98, der Wittwe 99, der Ehefrau 99, des Reichsfiskus 99. Unterschied von der Parteifähigkeit 100, 479. P. der Gemeinde 100. Bestreitung derselben 103, des Gemeinschuldners 103.

Digitized by Google

Prozeßgebühr 163.
Prozeßgericht im Sinne des § 74, f. 130, 140, 795.
Prozeßhandlungen 461.
Prozeßhindernde Einreden f. bei Einreden. Verhandlung und Entscheidung über solche 413 f. Rechtsmittel 413 f. Zwischenurtheil 420. Versäumnißurtheil in der Hauptsache 422, in der Berufungsinstanz 679.
Prozeßkosten. Streitgegenstand 32. Pflicht zur Erstattung 150, worauf sich dessen Erstattungspflicht bezieht 150, s. auch bei Kosten und Kostenerstattungspflicht. Hierunter fallen nicht die durch Erfüllung der streitigen Leistung verursachten Kosten 160, bei Zurückweisung eines einzelnen Vertheidigungsmittels 171. Entscheidungen hierüber sind unanfechtbar 174 ff., 178 ff. Entscheidung hierüber, wenn nach Einlegung eines Rechtsmittels die Hauptsache in Wegfall gekommen ist 182 f. solidarische Haftung mehrerer Streitgenossen 188 f. Nebenintervention 189 f. Streitverkündung 189 f. Nomination 189 f. Haftung der Parteivertreter hierfür 193. Zwangsvollstreckungstitel zur Verfolgung des Anspruchs 194, bei in I. Instanz zurückverwiesener und neuerdings mit Rechtsmitteln angefochtener Sache 704.
Prozeßkostenvorschuß. Zurückforderung bei Klagezurücknahme oder Befriedigungsanzeige 381. Pflicht des Ehemanns hierzu 556.
Prozeßleitung durch das Gericht 236 f.
Prozeßvollmacht s. Vollmacht.
Purifikationsurtheil. Berufung gegen solches, neue Vertheidigungsbehelfe ausgeschlossen 683.

R.

Rathsertheilung. Begriff 174.
Rechnungsabschluß. Guthaben, Beschlagnahme desselben 1021.
Rechnungsansatz. Entscheidung über den Grund, Zwischenurtheil 487.
Rechnungslegung 471, 1064.
Rechnungsprozeß 471.
Recht, römisches, Revision 740, subsidäres 742, deutsches, Revision 743, subjektives im Gegensatz zum objektiven, keine Rechtsnorm, Revision 746.
Rechtlich erheblich im Sinne des § 348 C. P. O. 949.
Rechtsanwalt, nicht zugelassener, kann keinen Vertreter substituiren 138, als gesetzlicher Vertreter nicht Prozeßbevollmächtigter 139. Haften desselben für Verschulden 140. Gebühr in eigenen Angelegenheiten 141. Bestellung eines solchen seitens eines anderen als Vertreter 143. Bestellung eines Vertreters desselben 144. Stellung desselben bei Widerruf und Berichtigung seitens seiner Partei 145. Gebühren s. Anwaltsgebühren. Zuziehung eines auswärtigen 160. Kosten mehrerer 161. Kosten beim Wechsel mehrerer 161. Kosten wegen Beschwerde auf Enthebung von der Pflichtanwaltschaft 172. Recht zur Kostenbeitreibung, des Armenanwaltes 216. Keine Beschwerde wegen Beiordnung zum Vertreter einer Armenpartei 220. Gebühr bei Verhandlung von prozeßhindernden Einreden 423. Beweisgebühr 543, 544 ff. Verhandlungsgebühr im Beweisverfahren 544 ff. Vertretung in eigener Angelegenheit 548. Abweisung der Beiordnung eines solchen, Beschwerde 794.
Rechtsbeistände. Zeugnißverweigerung 559.
Rechtsfähigkeit s. Handlungsfähigkeit.
Rechtshängigkeit. Nachträgliche Genehmigung einer ungültigen Klagezustellung 149. Einrede 243, durch Nebenintervention im Prozeß gegen den Bürgen nicht begründet 365, durch die Kompensationseinrede 365 f., durch Widerklage 365 f. Einwirkung einstweiliger Verfügung 367, einer negativen Feststellungsklage 368, in einem Couponprozesse 368, wenn der Hauptschuldner in einem früheren Prozesse des Gläubigers gegen den Bürgen als Nebenintervenient aufgetreten war 406. Einrede in Couponsprozessen 407. Aussetzung der Verhandlung 407, eines Anspruches 428 f., durch Arrestanlegung nicht begründet 1113.
Rechtshülfe. Verfahren 797.
Rechtskraft 419, des Urtheils 507 ff., 774, hierbei geltendes Recht 507, rückwirkende Kraft 508. Wirkung 508 f., bei Feststellungsklagen 508, bei nur für gewisse Zeit festgestelltem Recht 512. Entscheidungsgründe 512, wenn die Klage angebrachtermaßen abgewiesen 513, über einen Antrag hinausgehende Entscheidung 514, bei theilweiser Abweisung 514. Verschiedene Begründung derselben Forderung 515, bei einem

Digitized by Google

anderen Rechtsgrunde jedoch derselben Leistung 515, bei Statusfragen 515, bei Negatorienklage 515, bei Kompensationseinrede 515. Gegenforderung 516. Prüfung in der Revisionsinstanz 766. Hemmung derselben durch Revisionseinlegung 900. Zeugniß, Ertheilung desselben 901 f., bei ausländischem Urtheil 920. Zeugniß hierüber 927.

Rechtsmittel, wechselseitige, Kosten 172, bei einer Vorabentscheidung über den Grund des Anspruches 488. Zulässigkeit 650 ff., 655. Zurücknahme 656.

Rechtsmitteleinlegung. Mängel unheilbar 691, 779.

Rechtsmittelfrist bei von Amtswegen zuzustellenden Urtheilen 269.

Rechtsnachfolger. Aufnahme des Verfahrens durch solche 327. Feststellung der Legitimation desselben 371, im Sinne des Anfechtungsgesetzes 601. Indossatar eines Wechsels 601. Klage auf Vollstreckung eines Urtheils 915. Zwangsvollstreckung 929, im Arrestverfahren 1116.

Rechtsnachfolgeverhältniß. Prüfung desselben beim Vollstreckungsurtheil 912.

Rechtsnorm aufgehobene 740 f. Vertrag? 747.

Rechtsstreit. Beendigung desselben 143.

Rechtssubjektivität 96.

Rechtsvorgänger 560, im Sinne des § 410 der R. C. P. O. 600. „Rechtsvorgänger und Vertreter" 601.

Rechtsweg. Zulässigkeit desselben 3 ff. Unzulässigkeit desselben 389 f., 733, 778. Die Einrede kann auf eine Privatdisposition nicht gestützt werden 392, auf die Einrede der Unzuständigkeit des Rechtsweges kann nicht verzichtet werden 392, wenn mit Privatklagen Entscheidungen staats- oder öffentlich rechtlicher Fragen verbunden sind 392. Einwendungen in jeder Instanz zulässig 392. Prüfung von Amtswegen 392. Streitigkeiten über Verfassungsauslegung 393, bei Verfügungen der Verwaltungsbehörden 393, bei Ansprüchen gegen den Staat aus Staatsverträgen 393, bei Zurückforderung von Zöllen 393, bei Ansprüchen auf Befreiung von Reichsabgaben und Steuern 393, bei Rückforderung von unzulässig erhobenen Abgaben, Stempel, Zöllen 393 f., bei Ansprüchen wegen Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden 397, wegen Befreiung von Kommunalsteuern 397, wegen Entrichtung von solchen 397, wegen Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben 397, wegen Ansprüche öffentlich-rechtlicher Natur 398, wegen Umlagen der Kirchengemeinde 398. Anspruch eines Gemeinderechners 398. Anspruch eines Staatsdieners 398, Ansprüche gegen den Staat 398, wegen Dienstunfähigkeit eines Beamten 398, wegen Anspruch auf Gehaltszulage 398, wegen Fortbezug von Dienstemolumenten seitens entlassener Beamten 399, wegen Ansprüche des Fiskus gegen Beamte 399, gegen einen Defektenbeschluß seitens eines Beamten 399, wegen Eingriffs einer Polizeibehörde in das Privateigenthum 399, wegen Befreiung von einer polizeilichen Verfügung 400, wegen Gewinnung des Bürgerrechts 400, wegen Zahlung administrativer Ordnungsstrafen 400, wegen Beitritt zu einer Hilfskasse 400, wegen Anspruch auf Armenunterstützung 400, wegen Verpflichtung eines Armenverbandes auf Unterstützung 400 ff., bei kirchlichen Lasten 403, über Unterhaltung einer Schule 404, wegen Störung im Gebrauch eines öffentlichen Weges 404, zur Unterhaltung eines öffentlichen Weges 404, wegen Veränderung z. B. Höherlegung einer Straße 404, wegen Anlegung einer Straße 404, wegen Benutzung öffentlicher Gewässer 404, 405, wegen Benutzung der Meeresufer 405, wegen Betriebs einer Schankwirthschaft 405, wegen Eintritts in das Pachtverhältniß einer Gemeindejagd 405, wegen Ausgrabung einer Leiche 405, bei dem interdictum ne quid in loco publico fiat 405. Revision 733.

Rechtswohlthat des Inventars 971 f.

Reformatio in pejus 675, 692.

Reglement. Kein Gesetz, Revision 742.

Reich, deutsches, juristische Person 99.

Reichsfiskus. Vertretung desselben im Prozeß 99, 100.

Reichsgesetz. Revisibilität desselben 5.

Reichsmilitärfiskus 412.

Reisekosten 195. Erstattung derselben bei einem Sühnetermine 650.

Renten, zuerkannte des Verletzten 1039.

Requisition von Behörden zum Zwecke der Zwangsvollstreckung 976.

Restitutionsklage 21, 809 f., wegen Verletzung der Eidespflicht 625, 626, 810.

Digitized by Google

Charakter derselben 807. Voraussetzung der Zulassung 810, wegen Leistung eines falschen Parteieides 810, 813, wegen neu aufgefundener Urkunden 811 ff., gegen das Berufungsurtheil 813, 814. Verurtheilung wegen einer strafbaren Handlung 813. Unbrauchbarkeit der Eideszuschiebung 814. Verhandlung 814, nachträgliche Beibringung von Restitutionsgründen 816. Rechtsmittel 817.

Retentionseinrede 684. Vorbringen in II. Instanz 684.

Retentionsrecht 684. Geltendmachung in II. Instanz 684, des Vermiethers. Pfändungsverbot 1012.

Revision bei zum Theil säumigen Streitgenossen 112, bei Schadensfeststellung 450, gegen bedingtes Endurtheil 621 f. Verzicht hierauf 657. Prüfung der Zulässigkeit 662, 736. Zustellung des Urtheils 690, 691; wenn eine Sache in I. Instanz zurückverwiesen ist 698, im Falle Verletzung des § 501 der Pr.-Ordn. 706 f. Zulässigkeit 713 ff., gegen Urtheil des O. L. G.'s, eine einstweilige Verfügung betr. 713. Unzulässigkeit gegen ein als bloßer Zwischenbescheid sich darstellendes Urtheil 714. Entscheidung, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand betreffend 714. Unzulässigkeit gegen nicht erschienene Mitbeklagte 715, gegen mit Formfehler behaftetes Urtheil 715. Unzulässigkeit des Rechtsweges 733, wenn der Einspruch gegen ein die Berufung zurückweisendes Urtheil als unzulässig verworfen 734, bei Unzuständigkeitserklärung 736. Beschränkung der Revision auf das inländische Recht 737. Unzulässigkeit bei Verletzung eines aufgehobenen Landesgesetzes 737; bei nur im Bezirke des Ber.-Ger. geltendem Rechte 741, bayerische Gerichtsordnung von 1753 und gemeines Recht über Rechtskraft 743, badisches Gesetz über Zwangsabtretung 744, badisches Dieneredikt 744, badisches Landrecht und Code de commerce 744, Münchener Stadtrecht 744, Lübeckisches Recht 744, ausländisches Recht 744 f. Auslegung von Vertragsnormen, Urkunden ꝛc. 745. Streit über die Natur des Vertrags 747. Ehesachen 747. Urtheilsauslegung 748. Fehlen des Thatbestands im Urtheil 748. Widerspruch zwischen Thatbestand und Entscheidungsgründen 748. Urkundenauslegung 748. Zurückweisung eines Beweisantrages 751. Ablehnung eines Zeugenbeweises 751. Zeugenvernehmung, Prüfung derselben 751. Urtheil ohne Entscheidungsgründe 753. Mangelhaftigkeit der Entscheidungsgründe 753. Unverständlichkeit der Entscheidungsgründe 754. Mangelhafte Urtheilsbegründung 754. Unerheblichkeit der Beweise 768, bezüglich Schlußfolgerungen des Berufungsrichters 768. Interpretation eines Statuts 768. Zurücknahme derselben 778, in Entmündigungssachen 886.

Revisionsanschließung. Revisionssumme 718, 758 f. Zulässigkeit 758 ff. Versäumnißurtheilerwirkung seitens des Revisionsbeklagten 760, bei Widerklage 763. Bethätigung der Anschließung 760. Kosten im Falle der Zurücknahme der Revision 763.

Revisionsanträge. Natur 758. Erweiterung 758.

Revisionsbeklagter. Versäumnißurtheilerwirkung desselben, Revisionanschließung 760.

Revisionseinlegung. Uebergabe der Revisionsschrift 756. Urtheilszustellung 756.

Revisionsfrist. Beginn derselben 659.

Revisionsgericht. Verfahren vor solchem 763. Fehlen einer wesentlichen Voraussetzung des Klaganspruchs, Geltendmachung desselben 763. Versäumnißurtheil 764, 778. Versäumnißverfahren 765, in Ehesachen 765. Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache 766. Beweisprüfung 768. Prüfung von Urkunden 768. Aufnahme des Verfahrens durch den Konkursverwalter 770. Ehesachen 770. Auslegung eines Landesgesetzes 770. Partikularrecht, Gewohnheitsrecht 771, aus Gesetzen gezogene Folgerungen 771, ausländische Gesetze 771 f. Klageänderung 771. Bestehen eines Gewohnheitsrechtes 772. Vorabentscheidung über den Grund des Anspruches 773 f. Kostenpunkt 775.

Revisionsgrund s. bei Revision.

Revisionsschrift. Mitunterzeichnung durch den Anwalt der Berufungsinstanz 226. Nichtbenennung der Namen der Parteien 756. Unterzeichnung durch den Berufungsanwalt 756. Ladung zur mündlichen Verhandlung 757. Angabe des Revisionsgerichtes 757. Ladung vor Ansetzung des Termins 757. Terminsansetzung 757. Natur 758.

Revisionssumme bei Verbindung mehrerer Prozesse 242, 725 f. Zeitpunkt für die Berechnung 723. Berechnung nach den Beschwerdegegenstand 716, 722; maßgebend der geltend gemachte Klagebetrag 716, bei der negativen Feststellungsklage 717, bei Anfechtungsklagen 717, bei Aberkennung einer Dienstbarkeit 717. Aende-

Digitized by Google

rungen des Werthes des Streitgegenstandes 718, bei einem Theilurtheil 718, bei Revisionsanschließung 718, bei Eventualbeschwerden 719, bei freiwilliger Klaglosstellung des Klägers in der Berufungsinstanz 719, bei Aenderung des Klagegegenstandes überhaupt 719. Einverständniß des Beklagten mit der Werthangabe 719, bei Theil-Anerkenntnissen, Theilverzichten, Theilzahlungen 720, bei Schadensersatzanspruch 720, bei Bewässerungsrechten 720, bei Modalitäten bezüglich Darlehenszurückzahlung 720, nach dem Werth des Kaufobjektes statt nach dem Kaufpreis 720, Ausbeute eines Torfgrundes 720, bei einer gerichtlich zu hinterlegenden Geldsumme 720, Verbindlichkeit einer Rechnungslegung 720, bei Skripturen, die einen Vermögenswerth besitzen 720, bei Urkundenherausgabe 721. Urkundenhinterlegung 721. Testamentsanerkennung 721. Klage gegen die Erben auf Anerkennung einer Schenkung 721. Erwirkung eines Erbenzeugnisses 721. Hypothekenlöschung 721. Pfändungsanfechtung seitens des Konkursverwalters 721. Immobiliarzwangsversteigerung 722. Anfechtung der Beschlagnahme mit Widerspruchsklage 722, durch Urtheilsvollstreckung verursachter Schaden 722. Futterkosten für Thiere 723. Schaden bei unberechtigter Weideausübung 723. Zinsanspruch 723 f. Prozeßzinsen 724. Berücksichtigung der Kosten 724. Beanspruchung eines Vorzugsrechtes im Konkurse 724. Nichtberücksichtigung der Protestkosten, Provision und Porto 725. Berechnung des Interusurium 725. Zusammenrechnung mehrerer Forderungen 728, bei mehreren Streitgenossen 728, der Betrag einer Einrede ist nicht zu berücksichtigen 728. Gegenstand der Klage und Widerklage 728, 729 f., bei Klage auf Herausgabe eines zum Faustpfand übergebenen Hypothekenbriefes 730, beim Retentionsrecht 730, bei Dienstbarkeiten 730 f., Bezahlung von Jahresprämien aus einer Versicherungssumme 731, bei Austragsreichnissen 731, eine im Konkurs angemeldete Forderung 731. Glaubhaftmachung des Werthes 731 f. Prüfung von Amtswegen 778.

Richter als Aktionär. Ausübung des Richteramts 94. Wechsel derselben 490 ff. Kollegium derselben, Zusammensetzung 752; ersuchter oder beauftragter, Festsetzung der Zeugen- und Sachverständigengebühr durch solchen 800 ff.

Richterlicher Eid 437, über ein Rechnungsresultat 598. Zulässigkeit 437. Fassung des Eidessatzes desselben 637. Zweck desselben 637; beim Gegenbeweis 638, bei Gläubigerbenachtheiligung im Sinne des Gesetzes vom 21. Juli 1878 f. 638. Angabe der Gründe im Urtheil 638. Voraussetzung 638 f.; welcher Partei aufzuerlegen 639 f., als Ueberzeugungseid 640. Beseitigung durch das Berufungsgericht 641; bei einer offenen Handelsgesellschaft 641, bei einer Liquidationsfirma 641, bei einer aufgelösten Gesellschaft 641. Auferlegung durch Zwischenurtheil 642, bei Streitgenossen 642. Restitutionsklage 814.

Ritualgesetze, jüdische 456.

Rüge. Wirkung derselben 147, bei gesetzwidriger Zustellung eines Urtheils von Amtswegen 463, bei Beweiserhebungen 463, in Ehesachen 463, bei Verletzung der Vorschriften über Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen 463 f., bei Beweisbeschlüssen 464, unterlassene bei gesetzwidriger Urtheilszustellung 500, beim Einspruch gegen Versäumnißurtheil 529, im Urkundenprozeß 826.

Rügerecht 461. Voraussetzung für dessen Verlust 461. Versäumung desselben gegen einen Beweisbeschluß 613, bei Mängeln der Ersatzzustellung 462, s. Rüge.

Ruhen des Verfahrens. Kosten 329.

S.

Sachbitte. Erweiterung derselben 375.

Sachdarstellung. Widerspruch zwischen Partei und deren Vertreter 237.

Sachen, körperliche. Anspruch auf Herausgabe oder Leistung 1031. Hinwegnahme im Wege der Zwangsvollstreckung 1058.

Sachverständige. Privatgutachten von solchen 160. Beweis durch solche 249. Aussagen, Protokoll 250. Vernehmung weiterer 434. Feststellung deren Aussagen im Protokoll 439. Kostenvorschuß 555 f. Zeugnißverweigerung 561. Beweis durch solche 571. Erstattung von Gutachten 571. Vereinigung mehrerer zur Erstattung eines Gutachtens 571. Beweisantretung durch solche 573. Ablehnung 574 f. Auswahl 574. Revision 574. Bücherrevisor einer Aktiengesellschaft 574. Verweigerung des Gutachtens 575. Beeidigung 576 f. Berufung auf früheren Eid 578. Hinweisung auf früheren Eid 578. Gebühren derselben 579 f. Gebühr, Beschwerde gegen Festsetzung 800.

Digitized by Google

Sachverständige Zeugen 580, 581.
Sävitien in Ehesachen 747. Thatfrage 747.
Schaden einer Partei durch die Prozeßführung 152. Ermittelung des Schadens 444 ff. Beweis, richterliche freie Beweiswürdigung 447. Berechnung desselben 450.
Schadensanspruch. Feststellung durch Sachverständige 449, beim Arrest 1094.
Schadensersatz. Klage, Gerichtsstand 57. Antrag in solcher 335; des Arrestklägers 1108.
Schiedsklausel 1153.
Schiedsrichter, schiedsrichterliches Verfahren 21, 1150 f. Aussetzung der Verhandlung 244 Einrede der Vereinbarung der Erledigung des Verfahrens durch Sch. 385 f. Ablehnung eines Schiedsrichters 1154 f. Aberkennung der Ehrenrechte 1155. Verfahren vor dem Schiedsgericht 1157 f.
Schiedseid, fälschliche Ableistung 22.
Schiedsgericht. Unterwerfung unter solches 1150.
Schiedsgerichtsinstanzen. Vereinbarung mehrerer 1152.
Schiedsspruch 1158 ff. Wirkung 244, 1160. Zustellung 257 f., 1160. Rechtsmittel 1157, 1160. Form 1159. Aufhebung desselben 1162 f. Zwangsvollstreckung 1164.
Schiedsvertrag 1150 f. Einwand desselben 93, 386 ff. Einrede hieraus 422, 1153. Kompromittirung auf eine Behörde 1152. Außerkrafttretung desselben 1156.
Schreiber 286.
Schreibfehler im Thatbestand des Berufungsurtheils 503.
Schreibgebühr 712, für Konzepte 154, im Armenrecht 467, für Abschrift des Berufungsurtheils an die I. Instanz 712, der Gerichtsschreiberei 712.
Schriftsätze, vorbereitende, s. vorbereitende Schriftsätze. Nach der Schlußverhandlung übergebene 223. Verweisung auf solche im Urtheil 495, 498.
Schutzvorrichtung. Mangel einer solchen, hierauf gestützte Schadensersatzklage 678.
Schwurpflichtiger. Sterben desselben 632 f. Konkursfälligkeit desselben 634.
Sequester 1035, 1047.
Sequestration 1035.
Sicherheit, eingezahlte. Zweck 989. Anerbieten einer solchen beim Arrest 1090 f.
Sicherheitsarrest s. Arrest. Widerspruchsklage 968.
Sicherheitsleistung 202, 961. Zweck 203; wenn solche gegenstandslos geworden 203. Verpflichtung der Ausländer hierzu 204. Umfang dieser Verpflichtung 204. Ausländer als Nebenintervenient 204; seitens eines Ehemannes 205. Bestimmung der Höhe 205; beim Arrest 1090 ff.
Sicherstellung 905.
Sicherheitssumme. Pfand- und Absonderungsrecht des Gläubigers hieran 905. Rückforderungsrecht des Deponenten 906.
Sicherung des Beweises. Kostenerstattungspflicht bei Anträgen hierauf 646. Kostenersatz 646. Gebührenvorschuß 646.
Sicherungsarrest s. Arrest.
Sitzungsprotokoll s. Protokoll.
Sofortige Beschwerde s. Beschwerde, sofortige.
Spolienklage 1005.
Staatsabgaben 735.
Staatseisenbahnverwaltung. Vertretung derselben im Prozeß 46.
Staatshaushaltungsgesetz 7.
Staatskasse. Klage gegen solche 4.
Statuten von Gesellschaften keine Rechtsnorm 747.
Steigerer s. Ansteigerer.
Stellvertreter der Partei. Begriff 312.
Stenographische Niederschrift des Protokolls 253.
Sträfling. Unpfändbarkeit von dessen Arbeitsverdienst 1045. Gerichtsstand desselben 48.
Streit. Begriff desselben 541.
Streitgegenstand bei theilweisem Zugeständniß des Beklagten 28, bei Werthsveränderung 28, bei Klage auf Erfüllung eines Vorkaufsrechts 28, bei einer Anfechtungsklage 28, bei einer Negatorienklage 28, 39, bei einer negativen Feststellungsklage 28, bei Feststellung einer Entschädigungspflicht 29, bei einem Prioritätsstreite 29, bei Feststellungsklage 29, 40. Zeitpunkt für die Berechnung, Nebenforderungen 29. Zinsen 30; bei einem Streite der Hypothekargläubiger über die Priorität, Zinsen

Digitized by Google

30, Kosten 30. Futterkosten für Thiere 31. Prozeßkosten 32; aus gegenseitigen Verträgen 36, bei Prozessen aus dem Anfechtungsgesetz 37. Veränderung des Streitgegenstandes 37; bei einem Hypothekenstreit 37, bei Ansprüchen auf Befriedigung gepfändeter Mobilien 38, bei einem Prioritätsstreite 38, bei Servituten 39, bei Pacht- und Miethverhältnissen 40, bei Räumung des Pacht- oder Miethobjektes 40 f. Dienstmiethe 41. Werthsberechnung 341; bei Feststellungsklage 363.

Streitgenossen s. Streitgenossenschaft 162.

Streitgenossenschaft in I. und II. Instanz 104, bei einem Rechtsstreit getrennt lebender Eheleute auf Herausgabe der Kinder 104, zwischen Hauptschuldner und Bürgen? 104. Begriff 105; bei der Anfechtungsklage 105. Eidesleistung 105. Zustellung des Schriftsatzes im Falle Einlegung eines Rechtsmittels 107. Prozeßbevollmächtigter derselben 107. Gemeinschaftlicher Rechtsanwalt, Zahlung der Gebühren und Auslagen desselben 107; nothwendige Streitgenossenschaft, Begriff 110; die als Beklagte im Anfechtungsprozesse Belangten sind keine nothwendigen Str. 111; nothwendige Str., wenn Kinder von Eltern auf Unterhalt verklagt sind 111; nothwendige Str. der Eheleute im Prozeß bezüglich des eingebrachten Vermögens 111. Revision bei zum Theil säumigen Streitgenossen 112. Erstattung der Prozeßkosten 162, 188. Verbindung mehrerer Prozesse 242. Zustellung von Urtheilen 258. Eidesleistung 634 f. Eideszuschiebung 635.

Streitverkündung im Wechselprozeß 10. Mangel einer Ladung 126 f. Unterbrechung der Verjährung hierdurch 126. Anwaltsgebühren bei der Str. 127. Mittheilung des Termins zur Verhandlung 127. Form des Beitritts 127. Berurtheilung des Intervenienten zu Prozeßzinsen bezüglich des hinterlegten Forderungsbetrages 128. Kosten 193.

Strichserlös. Empfangnahme durch den Gerichtsvollzieher 1015.

Sühneversuch 465, durch ein beauftragtes Gericht 465, in Ehescheidungssachen 847. Zuständigkeit in Ehesachen 847. Gebühr 848. Rechtsmittel 849. Widerklage 849.

T.

Telegraph. Zustellung mittelst solchem 1100, 1125.

Tenor s. Urtheilsformel.

Termine 308. Verlegung derselben 310.

Terminsbestimmung zur Verhandlung 364.

Terminstag der Klagerhebung nach rheinischem Recht 1057.

Terminsverlegung keine Beschwerde 780.

Testamentarische Verfügung bezüglich der Unzuständigkeit des Rechtsweges 392.

Thatbestand im Urtheil 494 f. Erforderniß 494. Trennung desselben von den Entscheidungsgründen 494 f. Doppelte Sachdarstellung in solchem 495. Berichtigung desselben 466, 504 f. Widerspruch zwischen diesem und den Entscheidungsgründen 497. Bezugnahme auf nicht vorgetragene vorbereitende Schriftsätze 498, 769. Bezugnahme auf das Sitzungsprotokoll 498, 769. Entkräftung des durch den Thatbestand gelieferten Beweises 498. Beweis durch den Thatbestand 498. Konstatirung eines Einverständnisses in solchem 505. Würdigung in der zweiten Instanz 675. Mangelhaftigkeit desselben, Grund zur Zurückverweisung in I. Instanz 705. Wann vom Berufungsgerichte abzufassen? 706. Thatbestand des Berufungsverfahrens 711. Bezugnahme auf den Thatbestand I. Instanz 711. Parteibehauptungen in solchem, Auslegung derselben 712. Uebergehung einer Thatsache 758. Mangelhaftigkeit, Revisionsgrund 768 f.

Thatsachen der Eideszuschiebung 602 f. Bestreitung in I. Instanz unbestritten gebliebener in II. Instanz 684.

Theilschuldverschreibung österreichischer Eisenbahnen. Arrest und Pfändung derselben 969, 992.

Theilversäumnißurtheil 710.

Theilung, gerichtliche. Anwendung der R. C. P. O. 2.

Theilungsplan 1053 f. Widerspruch, Folgen der Versäumung 1056.

Theilurtheil 470 ff. Erhebung einer Widerklage nach solchem 425. Voraussetzung, Begriff 470. Vermuthung des Vorbehaltes für spätere Entscheidung 471. Rechtskraft 471; im Kostenpunkt 471, in der Rechtsmittelinstanz 472. Trennung der Verhandlung 472; bei Kompensationseinreden 473 f., 477 f.

Tod des Schuldners, Einwirkung auf die Zwangsvollstreckung 970.

Transportkosten 32.

Digitized by Google

Trennung der Verhandlung 238, 472, 473 ff., bei Kompensationseinreden 238 f., 473 f. Zweckmäßigkeit derselben 239. Klage und Widerklage 239. Klaganspruch und Gegenforderung 239. Aufhebung derselben 244.
Trennungsbefugniß 479.

U.

Uebereinkunft der Parteien 862.
Uebergebotsverfahren 2, 1049.
Ueberweisung einer gepfändeten Forderung 1023 ff., 1027. Kompetenz des Gerichts 1020, 1025. Ueberweisung zur Einziehung 1023 f., 1025, einer Forderung an Zahlungsstatt 1023, 1036. Einreden des bisherigen Gläubigers 1024, 1025; einer Wechselforderung 1025, 1027. Gegensatz zur Einweisung 1025. Legitimation des Gläubigers 1026, 1027. Wirkungen 1027. Herausgabe der Schuldurkunden 1028. Ueberweisung einer gepfändeten Forderung auf eine körperliche Sache 1032; des Anspruches auf Herausgabe einer Sache 1060 f., einer Geldforderung, Schuldurkunden 1062.
Ueberzeugung, freie, des Gerichts 436.
Ueberzeugungseid 608. Umwandlung desselben in einen Wahrheitseid 630.
Umlaufsschreiben. Zustellung desselben 299.
Unbestritten. Begriff 230, 451.
Unbewegliches Vermögen. Zwangsvollstreckung 1049 ff.; sofortige Beschwerde 1053. Beschlagnahme 1128.
Uneheliche Kinder 1039.
Unentbehrlichkeit von Sachen 1011.
Unerlaubte Handlung. Civilrechtliche Delikte, Gerichtsstand 85. Begriff 79 ff. Verletzung des Konkursanspruches der Gläubiger 80.
Ungültigkeitsklage 850 f., 863.
Unpfändbare Sache 1010 f. Ansprüche 1037 ff.
Unterbrechung des Verfahrens 323, durch den Konkursverwalter 324, auch dem Gemeinschuldner gegenüber 324, auch bei Konkurseröffnung über einen Nachlaß anwendbar 324, dem Benefizialerben gegenüber 324. Tod des Anwalts bei bestelltem Substituten 326. Verzicht auf die Wirkungen 462.
Unterlassung. Erwirkung durch Zwangsvollstreckung 1067 ff., 1069. Begriff 1067.
Unterschrift von Urkunden 584. Einwand der Erschleichung 586; gefälschte Unterschrift bei einer von mehreren Urkunden 586. Eideszuschiebung 830. Echtheit 830.
Untersuchungsakten, abhibirte, Berücksichtigung derselben 230, im Urkundenprozesse 821.
Unterwerfung unter eine Klage nach erlassenem Urtheil 657.
Unterzeichnung einer Prozeßschrift durch einen Anwalt 138, wenn die Schrift nicht von ihm herrührt 138. U. von Urkunden 584.
Unzuständigkeit des Gerichts 385. Einrede desselben 385 ff.; hierauf kann nicht verzichtet werden 392, in Ehesachen, hierauf gestützte Einrede in II. Instanz 680.
Unzuständigkeitserklärung seitens des Gerichts, Streitgegenstand 649. Revision 736.
Urkunden. Herausgabe, Streitgegenstand 27. Bezugnahme hierauf 229. Anordnung der Vorlage derselben 237. Beweiskraft derselben 581 f. U. über Erklärungen 581; öffentliche 581, materielle Beweiskraft 585. Gegenbeweis 586, 587; gefälschte Unterschrift bei einer von mehreren Urkunden 586, über Anordnungen von Behörden 587, über thatsächliche Vorgänge 587. Vorlegung durch den Beweisführer 587. Vorlegung durch den Gegner 588. Gemeinschaftlichkeit derselben 589. Vorlegung durch einen Dritten 591. Vorlegung durch eine öffentliche Behörde 593. Echtheitsbeweis 593. Schriftenvergleichung 594. Angabe der Ausstellungszeit 812.
Urkundenamortisation. Zulässigkeit 1148 f.
Urkundenbeweis 581 ff., 819 f. Führung desselben 583. Gegenbeweis 586.
Urkundenherausgabe bei der Ueberweisung 1028.
Urkundenprozeß 818 ff. Begriff 834, 839. Klage auf Herausgabe von Werthpapieren 818. Beweis 819 f.; bei nichtunterschriebenen Privaturkunden 821. Beweis der Replik. 822. Klage aus zweiseitigem Vertrage 823; vom Vertreter ausgestellte Urkunden 823, actio hypothekaria 823, offenkundige Thatsachen 824, indirekte Beweisführung 824, Verfahren 825, wenn eine Partei nicht erschienen 825. Unterschied vom ordentlichen Prozeß 826. Niederlegung der Urkunde auf der Gerichtsschreiberei 826. Beweis der Nebenumstände 826. Mängel der Urkundenabschriften

Digitized by Google

826. Urkundenmittheilung 828. Uebersetzung von Urkunden 828. Nichtbeifügung einer Urkunde und Nichtantretung eines Beweises 829. Erholung von Akten 830. Eideszuschiebung über Echtheit der Unterschrift 830. Ueberleitung in das ordentliche Verfahren 831. Antrag auf Umleitung in das ordentliche Verfahren 831. Wirkung der Klage 833. Feststellungsklage 834. Vorbehalt der Rechte 834. Abgeurtheilte Einreden 834. Wirkungen des Urtheiles in solchem 839.

Urkundspersonen 582.

Urtheil. Begriff 915; nur auf Grund mündlicher Verhandlung 229. Betreibung der Zustellung 419; nur nach Antrag 490. Nichtgebundensein an die Rechtsausführung der Partei 490; bei beantragter Ehescheidung 490. Bestandtheil desselben 493. Inhalt 493 ff.; im Gegensatz zu Beschluß 468. Pflicht zur Begründung 497. Mangel an Entscheidungsgründen 497. Unterschrift der Richter 499. Aushang des Urtheils 499. Zustellung desselben 499 ff. Zustellung im Anwaltsprozeß 500; gesetzwidrige Zustellung von Amtswegen 500. Ausfertigung 501. Gebundensein des Gerichts hieran 501. Berichtigung desselben 502. Ergänzung desselben 506 f. Rechtskraft desselben 507 ff. Bestimmung des Ortes zur Eidesleistung 609; auf Eid, Berufung 612. Vorbehalt der Entscheidung über einzelne Einreden bei einem durch Eid bedingten Urtheile 619. Auslegung 748; im Urkundenprozeß 839 f. Zustellung in Ehesachen 869 f.; als vollstreckbarer Schuldtitel 898 f. U. nach altem Prozeßrecht, Vollstreckung hierauf 898. Vollstreckbarkeit 900; ausländisches, dessen Vollstreckbarkeit 909 ff. Begriff des ausländischen Urtheils 911. Zuständigkeit des ausländischen Gerichts 916. U., ausländische, der Zustellung an Inländer 917 ff. Voraussetzung der Erlassung eines solchen 1074 f.

Urtheilsfällung 490.

Urtheilsformel. Rechtskraft derselben 185; keine Beurkundungen in solcher 249. Vorlesung derselben 499. Trennung von den Entscheidungsgründen 497. Ergänzung aus den Entscheidungsgründen 497.

Urtheilsverkündung 493, 494. Bescheinigung derselben 497.

Urtheilszustellung 499 ff. und Empfangnahme bei Eröffnung des Konkurses 325; keine Offizialpflicht des Gerichts 493, im Anwaltsprozeß 500, durch die Partei 500, durch den Gerichtsvollzieher 500. Verzicht hierauf 501. Prüfung derselben seitens des Richters 659; wenn der Anwalt die Anwaltschaft niedergelegt hat 660. U. richtige, als Voraussetzung für die Berufungseinlegung 661.

V.

Vater eines großjährigen Sohnes nicht gesetzlicher Vertreter desselben 102.

Vaterschaft, uneheliche 11.

Veräußerung. Begriff 967.

Veräußerungsverbot, diesem widersprechendes Geschäft 1031. Arrest 1079; gegen einen minderjährigen Schuldner 1122.

Verbindung der Verhandlung 242. Aufhebung derselben 244; von Klagen im Ehescheidungsprozeß 856 f.

Verbot der Pfändung einer Forderung 1038.

Verbürgtsein 924.

Vererblichkeit von Ansprüchen 876.

Verfahren 779, vorbereitendes 223. Wiedereröffnung des Verfahrens 246.

Verfügungen, einstweilige 1124, 1129 ff. Streitgegenstand 27. Revision hiergegen 713, 746, 1130, 1140, 1144. Beschwerde 977. Erlassung von solchen 1129. Voraussetzung 1129, 1132 f., 1134 f. Verhütung der Deterioration des Pfandobjektes 1129. Feststellungsklage 1130. Zuwiderhandlungen hiergegen 1130. Streitwerth 1131. Gebühren 1131, 1140, 1142. Unterschied zwischen Arrest 1131. Vollziehung ohne vorherige Zustellung 1132. Zuständigkeit des Gerichts, Gerichtsstand 1133, 1137, 1142 f., 1144. Berufungsgericht 1134. Richterliches Ermessen 1134, bei Alimentationsverbindlichkeit 1139 f., bei Alimentationspflicht gegenüber Familienangehörigen 1130 f., bei Alimentirung einer geschiedenen Ehefrau 1140.

Vergleich. Kosten 173 f. Kostenpflicht des vermöglichen Gegners einer Armenpartei 174. Erledigtes Eidesurtheil, Beweisgebühr 611. Beurtheilun eines gerichtlichen 650. Einwendungen hieraus 958. Vollstreckbarer Abschließung von solchen 978. Ueber streitige Lohnansprüche 1038. Zwangsvollstreckung 1068.

Verhaftung des Anwalts 326.

Digitized by Google

Verhandeln 523, 524.
Verhandlung 222 ff. Begriff 760; kontradiktorische, s. mündliche Verhandlung. Trennung derselben 238 f., s. bei Trennung. Verbindung derselben 242. Aussetzung derselben 242 f.
Verhandlungsgebühr, wenn Urtheil nur bezüglich der Kosten 162; des Rechtsanwaltes bei Verweisaufnahme 544 ff., 547 f.
Verhinderung eines Anwalts 326.
Verjährung. Unterbrechung durch Streitverkündung? 10, 372. Unterbrechung durch Klagezustellung 372. Unterbrechung durch Zustellung des Zahlungsbefehls 892; der Klage, Unterbrechung 895.
Verkauf gepfändeter Gegenstände 964.
Verkündung der Entscheidungen 249. Nachweisung derselben 250.
Verlesen der Anträge 524.
Vermächtnisse. Zinsen, Unpfändbarkeit 1043.
Vermiether. Zurückbehaltungsrecht desselben 981 ff., 992. Vorzugsrecht 992. Retentionsrecht desselben, Pfändungsverbot 1012.
Vermögen. Gerichtsstand 54. Begriff 995. Forderungen 996.
Vermögensstrafen. Vollstreckung 946.
Vermuthungen 824.
Vernehmung der Zeugen; s. Zeugen, Zeugenbeweis.
Verordnungen der Verwaltungsbehörden. Rechtsnorm, Revision 742, 743, 746; letztwillige 747.
Verpflegungskosten bei Haft. Armenrecht 212, 1077.
Verpflichtung, streitige 69.
Versäumniß des Berufungsklägers 709.
Versäumnißverfahren in der Berufungsinstanz 708, 710; in der Revisionsinstanz 764, 777; in Ehesachen 866, 867.
Versäumnißurtheil 422, 518 ff., 710, 760. Nebenintervenient 519, 522. Neue Thatsachen und Beweismittel 519. Prozeßhindernde Einreden 519 f. Einfluß des V. U. auf frühere Prozeßhandlungen 519. Geständnisse 519. Rechtskraft 520 f. Anträge 521. Prüfung der Zuständigkeitsfrage 521. Berufung 522. Schadensklage 523. Rechtzeitige Zustellung der Schriftsätze 526. Rechtsmittel 526. Einspruch 527. Kosten 531. Anfechtbarkeit durch Berufung 709. Verlustigerklärung der Revision durch Vers. Urth. 764. Unanfechtbarkeit mit der Revision 778; im Urkundenprozeß 835, in Ehesachen 866 f.; ausländisches, dessen Vollstreckbarkeit 917.
Versäumung. Folgen 311. Aufhebung der Folgen derselben 311. Haftung für Schaden der Versäumung 311.
Verschulden. Revision 747.
Verschwender. Entmündigung desselben 889 f. Anfechtungsklage 890.
Versicherung, eidesstattliche eines Zeugen 458, schriftliche 458.
Versicherungsaktiengesellschaft. Gerichtsstand 53.
Versicherungsgesellschaft. Gerichtsstand 49; auf Gegenseitigkeit, Gerichtsstand derselben 52; auf Gegenseitigkeit, Sonderrechte der Mitglieder derselben 989, 1126. Arrest in das Vermögen der Gesellschaft 1088, 1126.
Versicherungsgenossenschaft auf Gegenseitigkeit. Gerichtsstand wegen einzuklagender Prämien 52.
Versicherungsprämie. Gerichtsstand bezüglich deren Einklagung 52 f.
Versteigerung 1013 f.
Versteigerungsprotokoll, öffentliche Urkunde 582, 950.
Vertagung zum Zweck der Aufklärung der Formrichtigkeit der Berufung 384, 689. Recht, solche zu verlangen 525. V. einer Verhandlung, keine Beschwerde 780.
Vertheidigung. Verschiedenartigkeit derselben 424.
Vertheidigungsmittel 424 ff., neue in der Berufungsinstanz 684.
Vertheilungsplan. Richtigstellung durch das Gericht 1058.
Vertheilungsverfahren 1053 ff. Zuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten hieraus 1052, 1057. Theilungsplan 1053. Streitigkeiten 1055 f. Stillschweigende Zustimmung 1055. Zuständigkeit bei Streitigkeiten 1055', 1056. Versäumung des Widerspruchs 1056.
Vertheilungsgericht 1066.
Vertragsauslegung. Revision 745.

Digitized by Google

Vertragsverlautbarung. Zwangsvollstreckung 1072.
Vertragswille 747.
Vertretbarkeit. Begriff 818.
Vertreter. Aufstellung eines solchen 142, 143. Begriff 311, 601 f., im Sinne des § 410 N. C. P. O. 602.
Vertretung der Partei. Uebertragung derselben durch einen Prozeßbevollmächtigten auf einen bei dem Prozeßgerichte nicht zugelassenen Rechtsanwalt 136. Uebertragung derselben in der Verhandlung 138.
Verwaltung. Gerichtsstand 52.
Verwaltungsbehörde. Exekutionsrecht derselben 4. Zuständigkeit derselben 390.
Verwaltungsrathsvorsitzender. Ablehnung eines Sachverständigen betr. 574.
Verweisung auf Akten im Urtheil 495.
Verzicht 489, auf den Prozeßbetrieb 501, aus Schlußfolgerungen 656, auf Berufung 657. Wirkungen des V. auf die Berufung 658.
Verzichtleistung 656, auf Berufung 657.
Viehmängel 443.
Völkerrecht. Revision 741.
Vollmacht. Umfang derselben für einen Prozeßbevollmächtigten 143 f. Erlöschen derselben 143. Beschränkung derselben 144, 145. Kündigung derselben 146. Mangel derselben beim Armenanwalt 146. Beanstandung des Mangels derselben 147 f. Vertretung ohne solche 148. V. des Anwalts enthält nicht den Auftrag nach § 44 der G. O. 162.
Vollmachtsertheilung keine Willenserklärung 1072.
Vollstreckbare Ausfertigung 926 ff. Ertheilung derselben 927. Ertheilung einer weiteren 932. Anspruch auf Aushändigung seitens des Schuldners 946.
Vollstreckbarkeit, vorläufige 904, 905 f. Sicherheitsstellung 905. Antrag hierauf 906. Erfordernisse der Antragstellung 906, ausländischer Urtheile 909 ff., 917 f.
Vollstreckbarkeitserklärung 688. Versäumnißverfahren 688, 915, eines Urtheils eines österreichischen Gerichtes 919. Klage hierauf 915 f., 920.
Vollstreckung auf Grund eines Vertheilungsplanes nach dem Genossenschaftsgesetz 909, des Urtheils eines deutschen Gerichts in Oesterreich 913, eines ausländischen Urtheils 915 f. Klage hierauf 915, von Vermögensstrafen und Bußen 927. Einwendungen hiergegen 951 ff.
Vollstreckungsarrest. Widerspruchsklage 969.
Vollstreckungsarten. Uebergangsbestimmungen 23.
Vollstreckungsbeamter. Zuwiderhandlungen desselben 980.
Vollstreckungsbefehl im Mahnverfahren 897 f. Verzicht hierauf 897.
Vollstreckungsgericht 951 f. Bezüglich der Zulässigkeit der Vollstreckung 916. Begriff 951. Zuständigkeit 956. Beschlüsse desselben 956. Hinterlegung 969.
Vollstreckungsklausel 926. Gesuch um Ertheilung derselben unterliegt nicht dem Anwaltszwang 139. Einfluß des Einspruchs oder eines Rechtsmittels 901. Ertheilung derselben 903. Einwendungen, entscheidendes Gericht 911. Einwirkung derselben 927; bei Gegenleistung 929, für den Rechtsnachfolger 930 f. Klage auf Ertheilung derselben 931. Einwendungen gegen deren Zulässigkeit 931 f., beim Kostenfestsetzungsbeschluß 959. Klage wegen Unzulässigkeit 960.
Vollstreckungsurtheil. Rechtsnachfolgeverhältniß 912; auf Eigenthumsanerkennung und Freigebung von der Beschlagnahme 912, bezüglich ausländischer Urtheile und Zahlungsbefehle 913. Klage hierauf 915. Erlassung desselben 924.
Vorabentscheidung über den Grund des Anspruches 481 ff., 699 f., 773 f., bei Feststellungsklagen 487. Zurückverweisung in erste Instanz 487, 700 ff. Revision 704.
Vorbehalt der Rechte im Urkundenprozeß 834 ff., 837 f. Anderer Klagegrund 838. Verurtheilung unter Vorbehalt 838, in Urtheil 863.
Vorbehaltserbe. Haftung desselben. Einwendungen hieraus 958, 973.
Vorbereitende Schriftsätze 225 ff. Die Vorschrift des § 121 Nr. 1 ist nur instruktioneller Natur 226.
Vorbereitendes Verfahren. Prozeßgebühr 533.
Vorentscheidung 417.
Vorläufige Vollstreckbarkeit, s. Vollstreckbarkeit und Zwangsvollstreckung.
Vormundschaftsbehörde. Anordnung einer Kuratel 882.
Vorsitzender, s. Fragerecht. Beschwerde gegen dessen Anordnungen 236.
Vorzugsrecht 24, aus dem Erlös gepfändeter Sachen 993 f.

Digitized by Google

W.

Wahlrecht des Schuldners 1065 f.
Wahrheitseid. Umwandlung desselben in einen Ueberzeugungseid 630.
Wechsel 841 f.
Wechselforderung. Ueberweisung einer solchen 1025, 1027.
Wechselordnung 10.
Wechselprozeß 819 ff., 841 ff. Beweis 820 f., bei Ueberweisung eines Wechsels 823. Verfahren 825. Legitimation des Inhabers 829. Wuchereinrede 829. Geleisteter Eid 831. Nachverfahren 840. Uebergang desselben in den Urkundenprozeß 842, für Klagen auf Sicherstellung 842.
Wechselseparatum 841.
Wechselunfähigkeit. Einrede 833.
Wechselverjährung. Unterbrechung 893.
Werthpapier. Begriff 168. Klage auf Herausgabe 678, 818.
Weggebühr 152.
Werthsberechnung. Zeitpunkt 28.
Widerklage. Berechnung des Streitgegenstandes 35. Gerichtsstand derselben 87 f., bei Feststellungsklage 89. Formelle Beanstandung, Revisionsinstanz? 89, bei Zurücknahme der Klage 90. Abweisung derselben 90. Anwaltsgebühr im Falle gleichzeitiger Verhandlung mit der Klage 90. Unzulässigkeit der Erhebung einer solchen 425, in der Berufungsinstanz 854, in Ehescheidungssachen 855 f., zurückgenommene 863.
Widerrufsbefugniß der Partei 145.
Widerspruch der Parteibehauptungen mit denen des Parteivertreters 236 f., gegen Zahlungsbefehl 894, gegen Pfändung seitens eines dritten Besitzers 955. Dritter gegen die Zwangsvollstreckung 963 ff., des Cessionars 964. Folgen der Versäumung im Vertheilungsverfahren 1056, im Arrestverfahren 1103, 1105 ff.
Widerspruchsklage 23, 956, 963 f. Verhältniß zur Feststellungsklage 963. Berechtigung hierzu 963, des Cessionars 964, des Miteigenthümers 965, desjenigen, der ein Forderungsrecht auf Leistung bezw. Uebertragung der gepfändeten Sache hat 966, des Konkursverwalters 966 f. Voraussetzung 967, gegen die Pfändung einer Forderung 968, gegen Sicherheits- und Vollstreckungsarrest 968 f., gegen Arrestanlage 1086.
Widerspruchsrecht des Dritten gegen eine Zwangsvollstreckung 956, des Commissionärs 990, im Arrestverfahren 1103.
Widerstand. Begriff 946 f. Verübung desselben 946.
Wiederaufhebung der Entmündigung, s. Entmündigungssachen.
Wiederaufnahme des Verfahrens 807 ff. Nothfrist 815. Folgen desselben 817.
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 311, 312 f., 505; gegen Versäumung der Revisionsschrift 314, wegen Krankheit des Prozeßbevollmächtigten 314, wegen Versäumung eines Eisenbahnzuges 314, wegen Verzögerung der Armenrechtsbewilligung ꝛc. 314 f., wegen Gefangenschaft des das Armenrecht Nachsuchenden 315, wegen Verhinderung des Prozeßvertreters 317, gegen Versäumung der Nothfrist 318, wenn die Berufungsschrift zu spät zur Zustellung übergeben? 320, bei Verzögerung der Zustellung in Folge Nichtbezeichnung der Gegenpartei bezw. deren Prozeßbevollmächtigten 320. Berufung gegen ein zurückweisendes Urtheil 322. Zeit der Antragstellung 322, im Berichtigungsverfahren 505. Revision gegen eine Entscheidung 714. Die Entscheidung kein Endurtheil 714, gegen rechtskräftiges Urtheil 810.
Wiedereröffnung der Verhandlung 246, 676; zwecks Vorbringens neu entdeckter Thatsachen oder Beweismittel 246, 425, bei versäumtem Vorbringen der Partei 405.
Willenserklärung. Abgabe einer solchen, Zwang 1071 f.
Wirthschaftsinventar. Rechtsbegriff, Eid 595.
Wohnsitz 44. Aufgeben desselben 44. Anderswohnehmen desselben 44, bei Strafhaft 45.
Wuchereinrede 842.

Z.

Zählgebühr 167.
Zahlung rechtskräftiger Forderung. Einwendung 912.
Zahlungsaufforderung gilt für Klage 170.

Digitized by Google

Zahlungsbefehl. Zustellung, Unterbrechung der Verjährung? 10, im Mahnverfahren 801 ff. Zustellung im Mahnverfahren 892. Wirkungen 892. Widerspruch 894. Verzicht hierauf 897. Urtheilseigenschaft 913. Begriff 915.
Zahlungsverbot an den Drittschuldner. Zustellung 1021, an einen Hypothekenschuldner 1021. Ausländer 1021.
Zehrungskosten 151, 195.
Zeitverlust 152.
Zeugen. Benutzung der von solchen in einem andern Rechtsstreite gemachten Angaben 229 f. Aussagen derselben, Protokoll 250. Anwesenheit der Richter bei deren Vernehmung 250 ff. Vernehmung weiterer 434. Eindruck derselben auf den Richter 438. Feststellung deren Aussagen im Protokoll 439, deren unbeeidigte Aussagen in einem Strafverfahren 441. Aus dem Rechtsstreit ausgeschiedene Personen 549. Direktor einer Aktiengesellschaft 549. Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft 549. Minderjähriger Sohn in einem Adventitienprozeß 550. Zeugnißverweigerung 561. Beeidigung 563. Unbeeidigter Zeuge 564. Betheiligung am Rechtsstreit 567. Nachträgliche Beeidigung 568. Vernehmung 569. Vorheriger Zuhörer 569. Spezialia 569. Bezugnahme auf Schriftstücke 569. Frage an solche 570. Gebühren 571, sachverständige 577. Abgabe des Gutachtens 577. Sachverständige Zeugen 580 f. Würdigung der Glaubwürdigkeit der in I. Instanz vernommenen vom Richter II. Instanz 676. Gebühr, Beschwerde gegen Festsetzung 800, bei der Zwangsvollstreckung 947.
Zeugenbeweis. Ablehnung eines solchen 439, 440. Angabe der Gründe für Ablehnung 443; nicht zu ersetzen durch in Akten enthaltene Zeugenaussagen 550 f. Aufnahme desselben 551; neu angebotener in der Berufungsinstanz 685.
Zeugenladung 552. Gerichtskosten, Schreibgebühr 552. Kostenvorschuß 553, 554 f.
Zeugniß der Rechtskraft. Ertheilung desselben 902. Befugniß zur Ertheilung 902.
Zeugnißverweigerung 558. Recht des Verlobten 558. Geistlicher 558. Direktoren der Aktiengesellschaft 559, 560. Inhaber eines Auskunftsbüreaus 559. Rechtsvorgänger 560, des Zeugen oder Sachverständigen 561. Verhandlung hierüber 561. Beschwerde 562. Folgen 562.
Zinsen bei Berechnung des Streitwerthes 30. Verurtheilung zu deren Zahlung 907; eines Vermächtnisses, Unpfändbarkeit 1043, eines Nachlaßkapitales 1044.
Zubehörungen eines Rechts 1049. Begriff 1050.
Zuchthaussträfling. Nichtbeschlagnahmbarkeit von dessen Arbeitsverdienst 1039, 1045.
Zufall, unabwendbarer. Begriff 313.
Zug um Zug-Leistung 928, 929, 935.
Zugeständniß s. Geständniß. Zugeständniß in einem vorbereitenden Schriftsatze 452, im Ehescheidungsverfahren 864.
Zuhörer, vorheriger, als Zeuge 569.
Zurückbehaltungsrecht des Vermiethers 981 ff.
Zurücknahme der Klage 381, in der Berufungsinstanz bei Ehesachen 382. Fallenlassen einzelner Klagbehauptungen 382. Form derselben, Zustellung eines Schriftsatzes 382. Kostentragung 382; der Berufung 657 ff., 761, eines Rechtsmittels 761 f., der Revision 778.
Zurückverweisung einer Sache in I. Instanz 698, 772, 775 f., früheres und späteres Verfahren bildet zusammen nur eine Instanz 706, 775.
Zurückweisung einer Partei wegen Unfähigkeit 248.
Zusammenhang 87, zwischen Klaganspruch und Gegenanspruch bei Widerklage 89.
Zusammenrechnung des Streitgegenstandes verschiedener Klagen 33 f. Kompetenz der Gerichte hierbei 34.
Zuschlagsurtheil. Auslegung, Revision 748.
Zuständigkeit s. Gerichtsstand. Beurtheilung derselben 26; des Landgerichts und Amtsgerichts 42 f., sachliche 43, ausländischer Gerichte, Prüfung derselben 917, für eine Widerspruchsklage gegen die Pfändung einer Forderung 968.
Zustellungen der Hauptinterventionsklage 114, 267, im Anwaltsprozesse 130, wenn im Anwaltsprozeß ein Vertreter bestellt 144, im Inland 255, durch den Gerichtsvollzieher 255. Z. unterliegen nicht der Parteidisposition 255, schriftliche Bescheinigung einer Privatperson hierüber 255. Beurkundung derselben 255. Auftrag hierzu 256; durch die Partei im Anwaltsprozeß 256. Ausführung der Z. 256 ff. Z. des Urtheils in Ausfertigungsform 257. Z. des Urtheils in beglaubigter Abschrift 258. Z. an mehrere Personen durch Zirkular nicht zulässig 258, bei Ehe-

Digitized by Google

leuten 259. Z. der Urschrift statt der Abschrift 259. Beglaubigung des zuzustellenden Schriftstücks 260; einer beglaubigten Klasch-Kopie 261, an wen? 262, an den Prokuristen und Korrespondentrheder 262, zu berechnende Frist 263, an den Prozeßbevollmächtigten 263 f., an substituirte Vertreter 263, des Versäumnißurtheils 264, an substituirte Anwälte 267, nach der Mandatskündigung 267. Voraussetzung des Bekanntseins des Prozeßbevollmächtigten 268. Z. in Auseinandersetzungsangelegenheiten 268. Z. an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten 269, der Berufung an den für die Berufung gegen ein Zwischenurtheil bestellten Prozeßbevollmächtigten 274, Einhaltung der Reihenfolge der Prozeßbevollmächtigten 274, an den für die höhere Instanz eventuell bestellten Prozeßbevollmächtigten 274, an einen in der Rechtsmittelinstanz nicht zugelassenen Anwalt 275. Z. der Berufung an den Substitutionsbevollmächtigten der Gegenpartei 276. Z. des Berufungsaktes nicht an den Proz.-Bev. des Gegners 277. Z. des Urtheils bei Niederlegung der Anwaltschaft 277, dann bei Unfähigwerden des Anwalts 277 und bei Versterben desselben 277. Bekanntsein des Proz.-Bev. 278. Z. wo? 279. Z. an die Ehefrau des Hauswirthes 283. Z. an den Vermiether des Büreaus des Anwalts 283. Z. an einen Dienstboten im Geschäftslokal des Anwalts 287. Z. wann? 287. Z. an eine andere als die bestimmte Person 293. Nichtzurücklassung einer Abschrift der Zustellungsurkunde 294. Z. von Anwalt zu Anwalt 296 ff., hierauf die Ersatzzustellung keine Anwendung 297. Z., öffentliche, 305. Beweis derselben 441. Z. bei einem ausländischen Prozeß an Inländer 917 ff., durch den Telegraph 1100.

Zustellungsbeamte nicht Vertreter der Prozeßpartei 311.

Zustellungsnachweisung 689.

Zustellungsurkunde, welche die maßgebende 259, 288 f. Abweichung der Urschrift und Abschrift 288. Beglaubigung der Abschrift 289. Unterlassung der Zustellung 289 Erfordernisse derselben 290. Mängel derselben 290. Namhaftmachung der Person, für welche zugestellt wird 291. Falsche Angabe des Auftraggebers 291. Beweis unrichtiger Beurkundungen 292. Falsche Namensangabe des Zustellungsempfängers 293.

Zuwiderhandlung gegen ein richterliches Verbot 1068.

Zwangsenteignung 13.

Zwangsverkleigerungsverfahren 900.

Zwangsvollstreckung 898 ff. Uebergangsbestimmungen 22. Verfahren 797. Rechtskräftiges Urtheil als vollstreckbarer Schuldtitel 898 f. Vollstreckbarkeit und Rechtskraft des Urtheils 900; aus einem ausländischen Urtheil 913 f., 916, für einen Rechtsnachfolger 929. Beginn derselben 933; zuzuziehende Zeugen 947. Bericht des Gerichtsvollziehers 950. Einwendungen hiergegen 951. Einstellung und Beschränkung 970. Kosten und deren Beitreibung 974 f. Requisition von Behörden 976. Beschwerde 977 f.; in körperliche Sachen 998, an ideellen Antheilen von Mobilien 1002, in Forderungen und andere Vermögensrechte 1018 f., in Forderungen auf Herausgabe körperlicher Sachen 1033. Z.-V. zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen 1058 ff. Herausgabe eines Kindes 1058. Erwirkung von Duldungen und Unterlassungen 1067 ff.; bezüglich der in einem gerichtlichen Vergleich festgesetzten Geldstrafe 1068.

Zwangsvollstreckungsverfahren. Einwendungen hiergegen 951. Geltendmachung derselben 953 ff.

Zweiseitiger Vertrag. Klage hieraus 823.

Zwischenurtheil 418, 420 f., 478 ff., 655. Rechtsmittel gegen solches 420. Z. oder Vorabentscheidung 484, über den Grund einer Einrede? 484 f., bei Kompensationseinreden 485 f., bei Retentionseinreden 486, über den Grund eines Rechnungsansatzes 487, bei einer Berufung gegen das Endurtheil 488, bei Gegenforderung 477, über Grund des Anspruches 478, 480, bei peremtorischen Einreden 478, bedingtes Z. 478, 612, bei Verwerfung der Einrede mangelnder Passivlegitimation 479, bei Versäumißurtheil 519, durch Eid bedingtes, Verbindung desselben mit Endurtheil 611. Rechtsmittel hiergegen 653, 655; wenn ein Angriffs- oder Vertheidigungsmittel oder ein Zwischenstreit zur Entscheidung reif 707. Z.-U. unter Vorbehalt der Geltendmachung eines neuen Vertheidigungsmittels im Vergleich zu dem den Vorbehalt erledigenden Urtheil 707, keine Revision 715.

Zwischenfeststellungsklage 511, 516.

Digitized by Google

Brühl'sche Druckerei (Fr. Chr. Pietsch) in Gießen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google